

# FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LOS BENEFICIOS DEL MONOPOLIO VS. LOS BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO<sup>1</sup>  
JUAN DAVID GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>2</sup>

## RESUMEN

El derecho de la competencia, al que los norteamericanos llaman derecho antimonopolístico (en inglés *Antitrust Law*), puede describirse como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público. En la práctica

- 
- 1 El doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO es abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en derecho financiero de la Universidad de los Andes. Máster en derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de derecho de la competencia a nivel de pregrado y posgrado en la universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en derecho de la competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma Esguerra Gamba Barrera Arriaga Miranda Piquero González y Jaramillo.
  - 2 JUAN DAVID GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ es abogado, graduado con honores, de la Pontificia Universidad Javeriana. Tiene una especialización en *Advanced Political, Social and Economical Studies* de la Universidad de Notre Dame, Indiana y The Phoenix

el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante. El presente documento contiene una aproximación al análisis de una de las premisas fundamentales de esta disciplina, según la cual, los mercados en competencia producen mayores beneficios a la sociedad que los mercados con estructuras monopólicas. Para el efecto, analizaremos los orígenes, evolución y finalidad del derecho de la competencia, las dificultades prácticas que deben enfrentar las autoridades de la competencia —específicamente las latinoamericanas— y también las críticas que se han formulado en contra de las normas que desarrollan el derecho de la competencia. Para tal efecto se exponen los siguientes temas: 1) Orígenes y evolución del derecho de la competencia en Estados Unidos de América, la Unión Europea, América Latina y el Caribe. 2) Aspectos económicos del derecho de la competencia. 3) Los mercados competitivos y los mercados monopólicos. 4) Críticas al derecho de la competencia. 5) Los retos para las autoridades de la competencia latinoamericanas.

*Palabras clave:* derecho de la competencia, monopolios, mercados imperfectos, prácticas restrictivas y concentraciones empresariales.

#### ABSTRACT

*Antitrust Law can be described as the set of legal rules that regulate the current or potential power of the companies on*

---

Institute. Recibió la beca *Erasmus Mundus Scholarship* de la Unión Europea para la realización del *European Master in Law and Economics* (2006 – 2007). Se ha desempeñado como coordinador del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Hoy día trabaja en la división de derecho de la competencia de la firma Esguerra Gamba Barrera Arriaga Miranda Piquero González y Jaramillo.

*a certain market, on behalf of public interest. In practice, the Antitrust Law prohibits the execution of restrictive competition practices, the acquisition of a dominant position in the market through the accomplishment of these practices and the abuse of the dominant position.*

*This document is an approach to the analysis of one of the fundamental premises of this discipline, which states that the markets in competition produce greater benefits to society than the markets with monopolistic structures. In this order, we will analyze the origins, evolution and purpose of the Antitrust Law, the practical difficulties that the competition authorities must face —particularly the Latin American authorities—, and also the criticisms that have been formulated against the laws that develop Antitrust. For this is purpose the following subjects are exposed: 1) Origins and evolution of the Antitrust Law in the United States of America, the European Union, Latin America and the Caribbean. 2) Economic Aspects of the Antitrust Law 3) Competitive markets and monopolistic markets. 4) Criticisms to the Antitrust Law 5) The challenges for the Latin American competition authorities*

*Key words Antitrust Law; monopolies; imperfect markets; restrictive practices and mergers & acquisitions.*

## Sumario

### Introducción

### Capítulo 1

#### Orígenes y evolución del derecho de la competencia en el mundo

- 1.1. El derecho de la competencia en Estados Unidos de América
- 1.1.1. Primera etapa (1890-1914)
- 1.1.2. Segunda etapa (1915-1936)
- 1.1.3. Tercera etapa (1936-1972)
- 1.1.4. Cuarta etapa (1972-1991)
- 1.1.5. Quinta etapa (a partir de 1992)

- 1.2. El derecho de la competencia en la Unión Europea
- 1.2.1. Concentraciones empresariales
- 1.2.2. La modernización de la normativa de la Unión Europea
- 1.3. El derecho de la competencia en América Latina y el Caribe

## Capítulo 2

### Aspectos económicos del derecho de la competencia

- 2.1. Los sistemas económicos y el derecho de la competencia
- 2.2. Los objetivos del derecho de la competencia

## Capítulo 3

### Los mercados competitivos y los mercados monopólicos

- 3.1. Deseos ilimitados y recursos limitados
- 3.2. El excedente del consumidor en el mercado competitivo
- 3.3. El excedente del productor en el mercado competitivo
- 3.4. El excedente económico y la eficiencia en el mercado competitivo
- 3.5. Los mercados imperfectos
- 3.5.1. El monopolio
- 3.5.2. El precio monopolístico
- 3.5.3. Discriminación del monopolio
- 3.5.3.1. Aspectos generales
- 3.5.3.2. La discriminación como abuso de la posición dominante en Colombia
- a. Discriminación vertical o abuso de explotación
- b. Discriminación horizontal o abuso anticompetitivo
- 3.6. Consecuencias negativas del monopolio
- 3.7. Posibles beneficios del monopolio
- 3.8. Los beneficios de la competencia

## Capítulo 4

### Críticas al derecho de la competencia

- 4.1. Crítica socialdemócrata
- 4.2. Crítica de la escuela de Chicago
- 4.3. Crítica de de la escuela austriaca

## Capítulo 5

### Los retos para las autoridades de la competencia en América Latina

- 5.1. Evitar la *captura* de la autoridad de la competencia
- 5.2. Incorporar la competencia como un valor social
- 5.3. Reforzar la abogacía por la competencia
- 5.4. Adecuado esquema sancionatorio
- 5.5. La globalización económica y la ola de fusiones
- 5.6. Los casos multijurisdiccionales y la *doctrina de los efectos*
- 5.7. Sistematización de la normativa de libre competencia
- 5.8. Consolidación de un régimen de libre competencia propio

### Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

En el ensayo *Cómo nace el derecho* el maestro FRANCESCO CARNELUTTI afirma que los actos económicos, entendidos como la forma en que los hombres tratan de satisfacer sus necesidades, no son suficientes para darle un orden a la sociedad. El jurista italiano, claramente influenciado por las ideas de THOMAS HOBBS, argumenta que,

“la divisa de la economía es, por desgracia, *homo homini lupus* [el hombre, para el hombre, un lobo]...”<sup>3</sup>.

Y en esa medida, el derecho y la moral están llamadas a crear un orden más justo. Así, el hombre se ve obligado a establecer el Estado para crear una sociedad jurídicamente ordenada<sup>4</sup>.

Más de un siglo antes de que CARNELUTTI hubiera planteado la anterior relación entre la economía y el derecho, uno de los más importantes precursores de las ciencias económicas, ADAM SMITH, argumenta en su obra *La riqueza de las naciones* que existe un equilibrio natural en los impulsos humanos por virtud del cual las acciones

---

3 CARNELUTTI, FRANCESCO, “Cómo nace el derecho”, *Monografías Jurídicas* 54, Temis, Bogotá, 1998, pág. 9.

4 *Ibidem*, pág. 65.

de cada individuo, al buscar su propio provecho, redundan en bien de toda la comunidad. Por este motivo, según SMITH, el Estado no debe intervenir en la economía, ya que ésta se rige por sus propias leyes naturales que la guían, como una *mano invisible*, hacia su punto de equilibrio<sup>5</sup>.

CARNELUTTI y SMITH, cada uno desde el punto de vista de la ciencia que desarrollaron exponen dos visiones completamente diferentes sobre el comportamiento del hombre y el papel del Estado respecto de la actividad económica. A pesar de que CARNELUTTI y SMITH reflexionaron sobre estos temas hace tanto tiempo, sus posturas han sido discutidas por generaciones de economistas y abogados que las han desarrollado y sofisticado y continúan teniendo vigencia.

El punto de vista de SMITH, adoptado por los economistas clásicos y revivido en el siglo pasado por los monetaristas modernos de la escuela de Chicago encabezados por el profesor MILTON FRIEDMAN, tiene como contrapartida política la doctrina del *laissez faire*, que implica un Estado gendarme con escasa o nula intervención en la economía.

No obstante, la historia se ha encargado de demostrar que el equilibrio y el desarrollo económicos no se pueden lograr simplemente dejando actuar las fuerzas de la oferta y la demanda. A partir de la gran depresión de 1929, de la revolución conceptual iniciada por JOHN MAYNARD KEYNES, y de la aplicación de sus ideas económicas a través de la política del *New Deal* en los Estados Unidos, la función del Estado como gran regulador y conductor de la economía se ha institucionalizado en la mayoría de los países.

La aparición del Estado intervencionista, junto con muchos otros fenómenos jurídicos, económicos, y sociales, como la clase media económica, los movimientos sindicales, la protección jurídica de los trabajadores, las restricciones a los monopolios y la seguridad social patrocinada por el Estado, han logrado evitar la autodestrucción de las economías capitalistas pronosticada por MARX, quien vaticinó que el ansia de los capitalistas por acumular riquezas, los llevaría a una ruda

---

5 ROLL, ERIC, *Historia de las doctrinas económicas*, Fondo de Cultura Económica, México, pág. 127 y sigs.

competencia que terminaría por eliminar a los pequeños industriales hasta producir la total concentración de los medios de producción, y por último la extinción violenta del sistema económico capitalista<sup>6</sup>.

Es aquí donde los abogados encontramos en la existencia del derecho de la competencia, un interesante ejemplo del error en que incurre la doctrina marxista en cuanto a su apreciación de la realidad jurídica. En efecto, MARX tomó de HEGEL su método analítico, o sea la dialéctica, pero mientras que para HEGEL el punto de partida estaba en las ideas, para MARX el punto de partida es la *estructura*, o sea el conjunto de las relaciones económicas. Estas relaciones económicas constituyen para MARX el movimiento inicial del proceso dialéctico, y por tanto,

“...la moral, las ideas, el derecho, la filosofía y la cultura toda, no son más que las reacciones sociales determinadas por la estructura económica en una cierta situación histórica”<sup>7</sup>.

Para MARX, como diría, DEL VECCHIO, el derecho es un *epifenómeno*, una realidad de tipo secundario, destinado a variar y transformarse dependiendo de las mutaciones del factor fundamental del cambio dialéctico que vendría siendo, por supuesto, el económico<sup>8</sup>.

Si esto fuera cierto, es decir, si de conformidad con la teoría marxista la evolución del derecho se encontrara determinada únicamente por la fuerza normativa de lo fáctico, no se podría explicar que el ordenamiento jurídico en la mayoría de los países capitalistas por excelencia, haya producido una serie de reglamentaciones tendientes a restringir el abuso del poder económico y preservar la competencia en el mercado. La respuesta por supuesto consiste en la aceptación del derecho como cuerpo un normativo con bases científicas, que interactúa con la economía, que se ve influenciado y se adapta a los fenómenos económicos, pero que a la vez es capaz de modificar y moldear esos

---

6 Ibidem, págs. 258 y sigs.

7 RECASENS SICHES, LUIS, *tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, pág. 450.

8 DEL VECCHIO, GIORGIO, *Filosofía del derecho*, Bosch, pág. 481.

fenómenos hacia el futuro, mostrándonos la fuerza fáctica de lo normativo.

De esta manera, el derecho de la competencia, al que los norteamericanos llaman derecho antimonopolístico, puede describirse como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público<sup>9</sup>. En la práctica el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante.

El derecho de la competencia representa la positivización de conceptos económicos. La finalidad de su aplicación se encuentra marcada por el sistema económico prevaleciente en el Estado que lo adopta. Sin embargo, a diferencia de muchas instituciones jurídicas que poco han cambiado con el transcurso de los siglos, el derecho de la competencia en un lapso de poco más de cien años de existencia ha evolucionado de manera importante.

El movimiento del análisis económico del derecho<sup>10</sup>, denominado en inglés *law and economics*, ha dado lugar a novedosas reflexiones en torno al comportamiento humano y a la ordenación de la sociedad a través del derecho. En efecto, en el caso del derecho de la competencia las ciencias económicas determinan la evolución de las políticas, legislaciones y las decisiones de las autoridades encargadas de aplicarlas. En ese sentido, según el profesor de la Universidad de Chicago y juez federal norteamericano RICHARD POSNER, hasta 1960,

“el análisis económico del derecho era prácticamente sinónimo de análisis económico del derecho *antitrust* (...) [l]os expedientes de casos sobre *antitrust* proporcionaban una mina rica en información sobre las prácticas comerciales; y los economistas, quienes en ese tiempo estaban preocupados

---

9 MERKIN, ROBERT, *Competition Law in the United Kingdom and the EEC*, pág. 1.

10 Para una sucinta pero clara introducción al *análisis económico del derecho*, véase: GUTIÉRREZ PRIETO, HERNANDO, “*El análisis económico del derecho. Perspectivas para el desarrollo del derecho económico*”, en revista *Vniversitas*, n° 100, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, JAVEGRAF, Bogotá, diciembre de 2000, págs. 13–68.



por la cuestión del monopolio, se dispusieron a descubrir la racionalidad económica y las consecuencias de dichas prácticas<sup>11</sup>.

Resulta por tanto de vital importancia la ideología que adopta la constitución y la legislación de cada país, ya que desde el punto de vista histórico, la creación y aplicación del derecho de la competencia ha seguido los lineamientos de diversas corrientes sociales, económicas, políticas, jurídicas y filosóficas:

- En efecto, desde un ángulo sociológico-político (o no económico), las leyes antimonopolísticas se han aplicado con la finalidad exclusiva de controlar el poder de los grandes conglomerados industriales en favor de los pequeños empresarios, aunque esto signifique una reducción en la eficiencia del mercado y más altos costos para los consumidores. Conforme a este supuesto, la competencia se protege dispersando el poder económico entre muchos competidores con igual poder económico, con el objeto de dejar libre la entrada al respectivo mercado y que ninguno pueda ejercer presiones indebidas sobre el mismo, ya que la excesiva concentración del poder económico puede producir presiones políticas antidemocráticas.
- Por otro lado, desde un punto de vista puramente económico, las leyes antimonopolísticas han sido concebidas con el objeto de lograr la máxima eficiencia de la producción, sin importar las desigualdades sociopolíticas que ese objetivo pueda crear entre las grandes y las pequeñas empresas. Esta teoría, pretende proteger a la competencia en sí misma y no a los competidores, porque (según consideran importantes doctrinantes, como el juez BORK<sup>12</sup>), entre más (*sic*) eficiente sea el mercado, mayor bienestar obtendrá el consumidor.

---

11 POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, USA, 6ª edición, 2003, pág. 23. La traducción es nuestra.

12 Véase BORK, ROBERT H., “*The antitrust paradox: a policy in war with itself*”, the free press, USA, 1993.

Es por tanto indispensable que en todas las latitudes, pero en especial en los países latinoamericanos que están iniciando la aplicación del derecho de la competencia, se analicen con detenimiento las bases históricas y filosóficas de esta disciplina, así como las razones de su evolución, con el fin de poder estructurar un derecho de la competencia adecuado para el fortalecimiento de las economías de nuestros países en desarrollo, enfrentadas al reto de una economía globalizada.

En ese sentido, el presente documento contiene una aproximación al análisis de una de las premisas fundamentales de esta disciplina, según la cual, los mercados en competencia producen mayores beneficios a la sociedad que los mercados con estructuras monopólicas. Para el efecto, analizaremos los orígenes, evolución y finalidad del derecho de la competencia, las dificultades prácticas que deben enfrentar las autoridades de la competencia —específicamente las latinoamericanas— y también las críticas que se han formulado en contra de las normas que desarrollan el derecho de la competencia. La estructura del documento es la siguiente:

- *Capítulo 1. Orígenes y evolución del derecho de la competencia en Estados Unidos de América, la Unión Europea, América Latina y el Caribe.* El capítulo expone los principios fundamentales del derecho de la competencia a la luz de su desarrollo histórico en EE.UU., la UE y América Latina. Lo anterior tiene gran pertinencia si se tiene en cuenta que, como se advirtió anteriormente, las ideas económicas evolucionan y son reevaluadas con el paso del tiempo.
- *Capítulo 2. Aspectos económicos del derecho de la competencia.* El capítulo relaciona los sistemas económicos con la adopción de regímenes de libre competencia y se expondrá de manera sucinta los objetivos del derecho de la libre competencia y su justificación económica.
- *Capítulo 3. Los mercados competitivos y los mercados monopólicos.* El capítulo explica los conceptos básicos de la microeconomía y se expone sucintamente la *teoría de la formación de precios*, la *teoría del monopolio* y se reflexionará entorno a los

elementos de los mercados competitivos. Asimismo, se expondrá las consecuencias negativas de los monopolios en los mercados, específicamente en cuando a la imposición del precio monopólico y la posibilidad de realizar prácticas discriminatorias.

- *Capítulo 4. Críticas al derecho de la competencia.* En este capítulo se presentan las principales críticas a la aplicación y/o adopción de normas de libre competencia por diferentes doctrinas económicas.
- *Capítulo 5. Los retos para las autoridades de la competencia latinoamericanas.* El capítulo desglosa las diferentes dificultades que afrontan en la actualidad las autoridades de la competencia en procura de una adecuada estructura normativa y de una aplicación de la misma acorde con las finalidades del derecho de la competencia.

## CAPÍTULO 1

### ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MUNDO

El origen de las personas, de las sociedades, de las naciones y de las ideologías explica su presente y determina su futuro. Por esta razón, resulta imprescindible para el presente estudio revisar los orígenes del derecho de la competencia en el mundo y su posterior desarrollo en los países que lo han adoptado.

Sin entrar en un análisis exhaustivo del nacimiento de esta rama del derecho en los Estados Unidos de América (en adelante EE.UU.) y de su posterior adopción en Europa<sup>13</sup>, a continuación presentamos una

---

13 El modelo de aplicación de las leyes antimonopolísticas de EE.UU. ha jugado un *rol* decisivo en la evolución del derecho de la competencia en todo el mundo, por la profundidad de análisis y discusión que ha alcanzado. Sin embargo, Canadá, Europa y varios países de América Latina han escogido un sistema administrativo de *antitrust* que tiende a ser más simple y rápido. En EE.UU. un caso importante de *antitrust* puede tardarse entre 10 y 15 años para ser decidido por la Corte Suprema de Justicia.

reseña histórica de su proceso de formación y de los aspectos que lo caracterizan en la actualidad.

### 1.1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA<sup>14</sup>

Algunos autores se remontan a la Edad Media para explicar los orígenes de las políticas de competencia<sup>15</sup>. De manera específica se hace referencia a la época en que los gremios y corporaciones perdieron su exclusividad en la realización del comercio y sus privilegios para la producción de determinados bienes<sup>16</sup>. Doctrinantes como sir EDGARD COKE

“afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey EDUARDO III”<sup>17</sup>.

- 
- 14 Para una explicación general del *antitrust* de EE.UU. véase: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *CEDEC III*, colección Seminarios 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, reimpresión, Bogotá, 2002, págs. 147–182. Para una completa reseña histórica del tema puede revisarse a KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, “*Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*”, Competition Policy Center. University of California, Berkeley, 1999, ensayo consultado el 10 de junio de 2003 en: <http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/Publications.html>. BAKER, JONATHAN B., “*A Preface to Post-Chicago Antitrust*”, Washington College of Law, American University: junio de 2001, ensayo consultado el 17 de enero de 2005 en: <http://ssrn.com/abstract=296119>
- 15 Véanse: ZULLITA FELLINI, GADULFO y PÉREZ MIRANDA, RAFAEL, “El derecho frente a los monopolios”, en *Estudios de derecho económico IV*, 1ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, págs. 65–121. NEUMANN, MANFRED, *Competition Policy: history, theory and practice*, Edward Elgar Publishing, Great Britain, 2001.
- 16 En este sentido puede decirse que el Código de Comercio napoleónico, que dio preponderancia al sistema objetivo basado en el acto de comercio, sobre el subjetivo, basado en la inscripción en el libro de comercio, es un ordenamiento antimonopolístico.
- 17 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *CEDEC III*, colección Seminarios 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, reimpresión, Bogotá, 2002, pág. 147.

Sin embargo, el derecho antimonopolístico moderno surge a finales del siglo XIX en EE.UU., en el contexto de una sociedad con una economía proteccionista en la cual proliferaron los monopolios y los carteles<sup>18</sup>.

El derecho de la competencia de EE.UU. se originó en 1890 cuando el Congreso aprobó el proyecto de ley contra los monopolios (en inglés, *antitrust*) presentado por el senador JOHN SHERMAN del estado de Ohio. A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho *antitrust*.

De acuerdo con la doctrina convencional, los acuerdos económicos (en inglés, *corporate trust*) y carteles de precios (en inglés, *pooling arrangements*), que operaban en todo el país entre la época entre la guerra civil y el año de 1890, permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar precios y dividirse los mercados. Así, las normas antimonopolio surgieron como una respuesta del Estado a las restricciones generadas por estos fenómenos económicos<sup>19</sup>.

Es preciso sin embargo hacer referencia a la posición de académicos como THOMAS J. DiLORENZO, profesor de economía de Loyola College y representante contemporáneo de la escuela austriaca de economía, según el cual no hay evidencia de que las grandes empresas de finales del siglo XIX en EE.UU. realizaran prácticas anticompetitivas. Por el contrario, según la escuela austriaca, la normativa *antitrust* de EE.UU.

---

18 Según ZULLITA FELLINI y PÉREZ MIRANDA la primera ley que tenía como fin la protección de la libre competencia no fue sancionada en EE.UU., sino en Canadá en el año de 1889. Pero los autores citados advierten que esta ley tan sólo se ocupó de sancionar algunas prácticas colusorias, dejando por fuera muchos temas relacionados con la libre competencia. (ZULLITA FELLINI, GADULFO y PÉREZ MIRANDA, RAFAEL, ob. cit., pág. 9.) Asimismo, según THOMAS J. DiLORENZO, la Ley SHERMAN fue la primera norma antimonopolios de aplicación nacional, pero no fue la primera norma antimonopolios expedida en EE.UU. En años anteriores, este tipo de normas habían sido expedidas en varios Estados de la Unión. (DiLORENZO, THOMAS J., “*The Case Against All Antitrust Legislation*”, cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.)

19 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág. 148.

habría sido impulsada por grupos de interés que buscaban protegerse de las compañías que crecían rápidamente y lograban ofrecer precios bajos gracias a las economías de escala que alcanzaban. Según la escuela austriaca, la Ley SHERMAN no se expidió para promover la libre competencia sino que constituye un mecanismo proteccionista que algunos sectores empresariales lograron establecer, con el fin de protegerse de aquellas empresas capaces de competir agresivamente en el mercado<sup>20</sup>.

La Ley SHERMAN continúa siendo, a la fecha, la norma principal del derecho de la competencia en los EE.UU. La mencionada ley contiene las siguientes prohibiciones de carácter general:

- “§1: Prohíbe toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre los diversos estados o con naciones extranjeras.
- §2: Prohíbe tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional”<sup>21</sup>.

Según los profesores WILLIAM KOVACIC y CARL SHAPIRO, la Ley SHERMAN se distingue de los demás estatutos que regulan el comercio en EE.UU., por ser demasiado genérica, pues prohíbe y castiga penalmente “*todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio*” al igual que la *monopolización*<sup>22</sup>. Esta prohibición general, según los autores citados, tuvo dos efectos. Primero, dio un gran poder a los jueces federales para que establecieran en cada caso la distinción entre una cooperación comercial legal y aceptable y una conducta colusoria ilegal; o bien entre una competencia vigorosa y una monopolización ilegal. Un segundo efecto fue la

---

20 DILORENZO, THOMAS J., “*The Case Against All Antitrust Legislation*”, cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.

21 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág 149.

22 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, “*Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*”, Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999, pág. 2. Documento consultado el 10 de junio de 2003 en: <http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/Publications.html>.

convergencia, que hoy en día se mantiene, entre la ciencia del derecho y la ciencia de la economía.

En nuestra opinión, el segundo efecto mencionado por los profesores citados no se debe a lo general de las prohibiciones contenidas en la Ley SHERMAN, sino a la evidente referencia que la ley hace a temas económicos. Como consecuencia de esta importante característica, el análisis económico y la evolución de la teoría económica han tenido una influencia determinante sobre el desarrollo y la estructuración del moderno derecho de la competencia.

El profesor de American University, JONATHAN BAKER, coincide con la crítica de KOVACIC y SHAPIRO y añade otra consecuencia a la forma genérica en que están escritas las leyes *antitrust*: no son una guía clara para las empresas que quieran cumplirla y tampoco son claras las normas para los jueces que deben interpretarlas y aplicarlas. Como dijimos anteriormente, son las cortes federales y la Corte Suprema las encargadas de concretar estas reglas generales en reglas específicas, que evolucionan a través de la jurisprudencia enmarcada en el sistema del derecho consuetudinario, en inglés *Common Law*<sup>23</sup>.

A continuación se presenta la evolución del derecho de la competencia en EE.UU., con base en las etapas propuestas por los profesores KOVACIC y SHAPIRO, en el documento citado<sup>24</sup>.

### 1.1.1. PRIMERA ETAPA (1890-1914)

De acuerdo con KOVACIC y SHAPIRO, la promulgación de la Ley SHERMAN generó un intenso debate entre los economistas de fines del siglo XIX. Para algunos, la norma no serviría para detener la tendencia de la economía estadounidense a la cartelización. Para otros, como los académicos de la escuela austriaca de economía, la norma constituiría un obstáculo para la obtención de las eficiencias que podrían producir

---

23 BAKER, JONATHAN B., “*A Preface to Post-Chicago Antitrust*”, Washington Collage of Law, America University, junio de 2001, pág. 2. Ensayo consultado el 17 de enero de 2005 en: <http://ssrn.com/abstract=296119>

24 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL. ob. cit.

las nuevas formas de organización industrial. En realidad, según KOVACIC y SHAPIRO, inicialmente no se consideraba que la Ley SHERMAN fuera una herramienta útil y eficaz para controlar las conductas anticompetitivas<sup>25</sup>.

Aunque el derecho antimonopolios ha sido considerado como o una herramienta útil para preservar la transparencia de los mercados y la libre competencia, el debate sobre los efectos económicos de su aplicación continúa hoy en día, como se verá con más detalle en este documento.

Durante las primeras dos décadas de su vigencia, la Ley SHERMAN no fue aplicada en forma decidida, pero las cortes dieron los pasos iniciales en el camino de su interpretación<sup>26</sup>. A pesar de la poca claridad de la Ley SHERMAN, ésta no condenaba *per se* la existencia de monopolios. Así lo explican los profesores KOVACIC y SHAPIRO:

“El lenguaje de la Ley SHERMAN y su historia legislativa indican que el Congreso no condena el estatus de monopolio. En cambio, la crucial tarea analítica de las cortes era definir la conducta que, unida con el poder de monopolio, constituía una monopolización ilegal”<sup>27</sup>.

Los primeros jueces que aplicaron la Ley SHERMAN —según el profesor BAKER— consideraban que la interferencia que su aplicación ocasionaba al proceso competitivo era negativa puesto que tendía a disminuir la eficiencia de las empresas. Sin embargo, de conformidad con el juez PECKHAM, la excesiva concentración del mercado en manos de grandes empresas produce un efecto *contrario al interés público*, así las eficiencias obtenidas se traduzcan en ahorros de costos que permitan bajar los precios; ya que dichas empresas tendrían también el suficiente poder de mercado para incrementar los precios sin disminuir sus ingresos y para eliminar a sus competidores más pequeños del mercado<sup>28</sup>.

---

25 Ibidem, págs. 2-3.

26 Ibidem, pág. 3.

27 Ibidem, págs. 3-4. La traducción es nuestra.

28 BAKER, JONATHAN B., ob. cit., pág.4.



Según el profesor BAKER, para aquellos que tuvieron a su cargo la aplicación inicial de la Ley SHERMAN, el objetivo de la norma era:

“proteger los derechos naturales a la libertad económica, la seguridad en la propiedad privada y en el proceso competitivo, y el libre cambio en vez de interferencia artificial”<sup>29</sup>.

La Corte Suprema de Justicia no aplicó con igual rigor la ley en lo referente a la prohibición de la monopolización. En un comienzo, fue permisiva al punto que en 1895 en *United States v. E.C. Knight Co.* la Corte Suprema

“toleró una serie de integraciones que le dieron al *Sugar Trust* el control sobre el 98 por ciento de la capacidad de refinar azúcar en el país (EE.UU.)”<sup>30</sup>.

Esta decisión generó en los siguientes años una ola de integraciones en diversos sectores de la economía estadounidense.

Según KOVACIC y SHAPIRO, la Corte Suprema de Justicia solamente modificó su posición inicial en 1904 a raíz del caso *Northern Securities v. United States*, por medio del cual se demostró que en virtud de la Ley SHERMAN, la Corte podía impedir la realización de integraciones que condujeran al monopolio<sup>31</sup>. No obstante, en los siguientes años las autoridades estadounidenses archivaron varios casos contra las empresas más grandes de EE.UU. Sin embargo, en 1911 la Corte profirió la histórica decisión de *Standard Oil Co. v. United States*, por medio del cual ratificó su posición en el sentido de controlar la alta concentración del mercado en manos de una empresa; en este caso se trataba de una empresa de propiedad de la familia ROCKEFELLER, la cual concentraba el 90% del mercado del combustible y a la cual la Corte obligó a escindirse en treinta y cuatro compañías diferentes<sup>32</sup>.

---

29 BAKER, JONATHAN B., ob. cit., pág. 4. La traducción es nuestra.

30 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 4. La traducción es nuestra.

31 Ibidem.

32 Ibidem

A pesar del fallo anteriormente citado, según KOVACIC y SHAPIRO, el Congreso de EE.UU. consideraba que la Corte de Suprema de Justicia estaba disminuyendo el rigor en la aplicación de la Ley SHERMAN. Por esta razón se promulgó la Ley CLAYTON de 1914 y se creó la Comisión Federal de Comercio -CFC (en inglés *Federal Trade Commission* – FTC) por medio de la Ley CFC. La Ley CLAYTON redujo la discreción de los jueces mediante la prohibición específica de ciertas conductas<sup>33</sup>. A continuación presentamos las características principales de algunos de sus preceptos:

- §2: Esta sección, que trataba sobre la discriminación de precios, fue derogada por la Ley ROBINSON – PATMAN en 1936.
- §3: Prohíbe ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores.
- §7: Prohíbe las fusiones y las adquisiciones entre empresas competidoras, cuando tales fusiones o adquisiciones tengan el efecto de restringir la competencia o de formar un monopolio.
- §8: Establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas de las empresas del sector real de la economía<sup>34</sup>.

### 1.1.2. SEGUNDA ETAPA (1915-1936)

A pesar de los cambios realizados al final de la anterior etapa, de acuerdo con KOVACIC y SHAPIRO, el período de 1915 a 1936 no se caracterizó por una agresiva aplicación de la normativa *antitrust*. Un ejemplo dicente de la permisividad de la Corte Suprema en los casos de *antitrust*, es la forma amplia en que determinó el mercado relevante en muchos casos, como consecuencia de lo cual encontraba que la

---

33 Ibídem, pág. 5.

34 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., págs. 149–150.

participación en el mercado de las empresas investigadas era tan baja, que le permitía desestimar la existencia de una posición de dominio y el abuso de la misma<sup>35</sup>.

Las razones que explican la tolerancia de las cortes fueron de carácter económico y político. En primer lugar, como resultado de las relaciones que surgieron entre la industria y el gobierno en virtud de la Primera Guerra Mundial, se estimó que la forma colaboración que se dio durante el tiempo de guerra era ideal también para los tiempos de paz. Fue así como, según KOVACIC y SHAPIRO,

“HERBERT HOOVER quien, como secretario de Comercio y como presidente, persuadió a los empresarios de cooperar entre ellos a través de asociaciones gremiales para intercambiar información y para limitar las características derrochadoras de las competencia”<sup>36</sup>.

En segundo lugar, según KOVACIC y SHAPIRO, muchos analistas argumentaron que el colapso de la economía de EE.UU. era consecuencia del esquema de libre competencia económica y por ello se legitimaba aún más la política de que el gobierno condujera en mayor medida el comercio y de que hubiera una coordinación cercana entre el gobierno y la industria<sup>37</sup>.

La *gran depresión* dio fuerza a ideas contrarias a las que inspiraron la Ley SHERMAN y el Estado viró hacia la intervención y la planificación de la economía. De acuerdo con profesor BAKER, esta nueva situación se hizo evidente en la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Appalachian Coals. v. United States* (1933) en el cual:

“se permitió que 137 productores de carbón en Appalachia designaran a un agente vendedor exclusivo en respuesta a las llamadas ‘prácticas de comercio destructivas’ que bajaban los precios”<sup>38</sup>.

---

35 Véase caso de *Standard Oil Co. v. United States* de 1931.

36 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., págs. 5-6. La traducción es nuestra.

37 *Ibidem*, pág. 6.

38 BAKER, JONATHAN B., ob. cit., pág.7. La traducción es nuestra.

Incluso —agrega el autor citado— se llegó a suspender la aplicación de la normativa de libre competencia por un tiempo en virtud de la Ley de Recuperación de la Industria Nacional (*National Industrial Recovery Act* – NIRA) que,

“permitió a las industrias desarrollar y aplicar códigos de ‘leal competencia’, que usualmente en la práctica eran carteles para fijar precios”<sup>39</sup>.

Poco tiempo después de entrar en vigencia, esta Ley de Recuperación fue declarada inconstitucional.

En este período se confirma que el tipo de sistema económico promovido por el gobierno de un país determina el grado aplicación o no aplicación de las normas de libre competencia. En el presente caso, el apoyo a la libre competencia como medio más adecuado para que se realicen las relaciones comerciales en una economía perdió apoyo y por tanto lo mismo ocurrió con la política de libre competencia.

Por último, en 1936 el Congreso expidió la Ley ROBINSON-PATMAN:

- §5 Deroga la §2 de la Ley CLAYTON y prohíbe la discriminación por medio del precio entre diferentes compradores de bienes similares en grado y calidad, cuando el efecto de dicha discriminación sea el de reducir la competencia o el de formar un monopolio<sup>40</sup>.

### 1.1.3. TERCERA ETAPA (1936-1972)

En esta etapa, nuevamente las decisiones políticas orientadas por la situación económica del momento causaron un giro importante en la aplicación del derecho de la competencia en EE.UU. Según KOVACIC y SHAPIRO, a mediados de los años treinta los modelos de planeación económica adoptados en la época del *New Deal* perdían apoyo y el gobierno de FRANKLIN ROOSEVELT buscó la restauración de la economía

39 Ibidem. La traducción es nuestra.

40 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág. 150.

estadounidense por medio de la competencia económica<sup>41</sup>. Esta política, sin duda alguna, impulsó una aplicación más rigurosa del *antitrust*.

Fueron economistas de la Universidad de Chicago —como el economista HENRY SIMONS— quienes sustentaron la necesidad de dejar atrás los programas relacionados con el *New Deal* y promovieron la aplicación estricta de la normativa de competencia con miras a desconcentrar la industria estadounidense<sup>42</sup>.

El criterio *sociopolítico* aplicado por la Corte Suprema de Justicia en esta etapa puede describirse en los siguientes términos:

“Durante la primera época de la aplicación de las leyes antimonopolísticas se utilizó un criterio eminentemente sociopolítico o populista, que tendía a condenar a las grandes empresas con el objeto de proteger a las pequeñas, sin consideración por las condiciones de eficiencia del mercado ni por el bienestar de los consumidores. El espíritu de esa época se resume en el famoso anatema pronunciado en 1945 por juez LEARNED HAND del Segundo Circuito Federal, con ocasión del caso *United States v. Aluminum Co. of America (ALCOA)* y según el cual ‘... existe la creencia de que los grandes conglomerados industriales son inherentemente indeseables, independientemente de sus resultados económicos’<sup>43</sup>.

Aunque la decisión de ALCOA se produjo en 1945, la expresión radical del juez HAND en contra de los monopolios es citada frecuentemente como una expresión de la evolución inicial del derecho de la competencia norteamericano.

El incremento del rigor en la aplicación del derecho de la competencia en esta etapa se basó en la estructuración de la *regla per se*, por virtud de la cual se prohíben determinadas conductas independiente de sus efectos en el mercado. Gracias a esta regla, que implica una presunción en contra del investigado, se disminuyó la carga probatoria necesaria para condenar a los infractores de la normativa.

La *regla per se* creada por la Corte Suprema, equivale a una presunción de derecho, en virtud de la cual si una conducta se ajusta al

---

41 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 9.

42 *Ibidem*.

43 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág. 152.

supuesto fáctico de una norma o regla, entonces será considerada como restrictiva de la competencia y por tanto siempre ilegal<sup>44</sup>. Así, el único medio de defensa del agente económico ante la imputación de una conducta prohibida conforme a la regla *per se* es probar que no incurrió en la conducta<sup>45</sup>.

La aplicación de la *regla per se* en los procesos judiciales cumple con el objetivo de disminuir la carga probatoria para el Estado en la medida en que la simple comprobación de la realización de la conducta prohibida *per se* es suficiente para castigar al infractor, sin necesidad de probar que su conducta efectivamente produjo restricciones a la competencia. *Contrario sensu*, no será procedente que el supuesto infractor argumente que su conducta, a pesar de ajustarse a la situación de hecho descrita en la norma, no restringe la libre competencia. Así las cosas, la actuación en un proceso por una presunta realización de una práctica prohibida *per se* puede ser descrita en los siguientes términos:

“la Corte no escuchará los argumentos del demandado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que la conducta en cuestión no tuvo realmente el efecto de restringir la competencia, o que benefició a los consumidores.

Tampoco aceptará la Corte disculpas que tiendan a justificar la práctica restrictiva con el argumento de que la competencia en este mercado específico es perjudicial para la economía. En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la *regla per se*”<sup>46</sup>.

Una práctica se prohíbe de manera *per se* cuando de conformidad con la experiencia y a la teoría económica, su naturaleza y efectos son tan evidentemente anticompetitivos

---

44 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág. 150.

45 *Ibidem*.

46 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág. 157.

“que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales...”<sup>47</sup>.

En relación con la disminución de la carga de la prueba, KOVACIC y SHAPIRO citan dos providencias<sup>48</sup> en las cuales fueron probados acuerdos anticompetitivos sin que existiera evidencia directa de ellos<sup>49</sup>.

Sin embargo, la radical aplicación del *antitrust* hace que en esta etapa las leyes tengan por objeto condenar los monopolios. Muestra de esta política, fue el ya citado caso de ALCOA. En esta decisión la Corte consideró que,

“el cubrimiento de nueva demanda a través del incremento preventivo de la capacidad productiva era ilegal”<sup>50</sup>.

Según KOVACIC y SHAPIRO, en esta etapa las cortes desestimaron los argumentos de los investigados en relación con las eficiencias generadas por sus conductas,

“revelando una sospecha implícita de que un funcionamiento superior nunca podría explicar una posición dominante. Pocas decisiones de esta era son acogidas hoy en día”<sup>51</sup>.

En varias providencias de la década de los sesenta, la Corte Suprema de Justicia desestimó los argumentos sobre las eficiencias en las concentraciones por ser irrelevantes<sup>52</sup>.

En 1950 fue expedida la Ley CELLER-KEFAUVER por medio de la cual el Congreso pretendió reforzar el control de integraciones. En dicha ley prácticamente se presumía que la integración entre empresas rivales

---

47 Ibidem.

48 Véanse casos United States v. Socony-Vacuum Oil Co. (1940) e Interstate Circuit, Inc. v. United States (1939).

49 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., págs. 9 y 10.

50 Ibidem, pág. 10. La traducción es nuestra.

51 Ibidem

52 Véase ibidem, pág. 11.

era nociva para la competencia<sup>53</sup>. Este enfoque produjo decisiones como la del caso *Brown Shoe Co. v. United States* de 1962 en el cual, la Corte Suprema de Justicia invalidó una concentración económica que hubiera generado una participación horizontal en el mercado nacional de tan sólo el 5%. La Corte argumentó que aunque la participación en el mercado nacional era baja, en algunos “submercados” la participación sería excesiva. Explican los profesores KOVACIC y SHAPIRO que,

“la Corte también sostuvo que algunas metas no relacionadas con la eficiencia, como es el caso de preservar pequeñas empresas, eran relevantes para aplicar la ley”<sup>54</sup>.

Sin embargo, en los años posteriores la posguerra se realizaron numerosas concentraciones económicas debido a que mientras Europa estaba en ruina y recogiendo los escombros que dejó la Segunda Guerra Mundial, la economía de Estados Unidos aprovechaba ese vacío para fortalecer la colocación de productos en el mercado mundial. Así lo explica el antropólogo MARVIN HARRIS:

“La tendencia hacia el oligopolio ya estaba bien asentada en la primera mitad del siglo. Pero después de la Segunda Guerra Mundial, el ritmo de adquisiciones y expansiones se aceleró porque las compañías estadounidenses pudieron sacar provecho de la posición preeminente que Norteamérica había alcanzado en el mundo. Como la mayoría de las demás potencias industriales estaban paralizadas a causa del daño que sufrieron sus fábricas, las compañías norteamericanas crecieron en forma desmesurada ... y se hicieron con el control de una proporción cada vez mayor de los mercados nacionales e internacionales de una serie de productos cada vez más diversos”<sup>55</sup>.

En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial cobró fuerza la teoría económica estructuralista, que consistía en analizar el

---

53 BAKER, JONATHAN B., ob. cit., pág. 9.

54 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 11.

55 HARRIS, MARVIN, *Cultura contemporánea norteamericana*, Alianza, España, 2000, pág. 27.



comportamiento de la industria con la premisa de que el comportamiento del mercado era determinado por su estructura. Adicionalmente,

“[d]e conformidad con el análisis estructuralista de la Corte, la ciencia económica no siempre puede predecir los efectos de aquellas conductas que se desvían de las líneas de comportamiento predeterminadas por la teoría económica”<sup>56</sup>.

A partir de 1960 la Corte Suprema de EE.UU. comenzó a utilizar el análisis estructuralista para la decisión de los casos. De esta forma se analizó la estructura del mercado relevante para determinar cuándo un mercado está concentrado y cuándo no lo está<sup>57</sup>. El juez POTTER STEWART criticó las tendencias de la Corte Suprema —a raíz del caso *United States v. Von's Grocery Co.* (1966)<sup>58</sup>— y afirmó que la única consistencia que encontraba en las decisiones sobre integraciones de la Corte en este período era que *el gobierno siempre gana*<sup>59</sup>.

Finalmente, en 1968 el Departamento de Justicia emitió un *Manual de integraciones (Merger Guidelines)* que facilitó la comprensión de la aplicación de las normas a las empresas<sup>60</sup>.

56 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág. 152. En el mismo sentido véase también BAKER, JONATHAN B., ob. cit., pág. 9.

57 En el caso de *Container Corporation v. United States*, por ejemplo, la Corte consideró que el hecho de compartir información sobre precios con los competidores no tenía un efecto anticompetitivo en mercados poco concentrados; pero en cambio, en aquellos mercados con una estructura duopólica u oligopólica, se generaban efectos nefastos sobre la competencia. Aunque la Corte en este caso no encontró pruebas de que los competidores estuvieran fijando precios, condenó como antimonopolística la práctica de compartir información en un mercado concentrado y creó una regla *per se* para tal efecto.

58 Según el profesor FRED CHESNEY, en este célebre caso se prohibió la realización de una concentración entre dos supermercados que de forma conjunta tan sólo tendrían una participación en el mercado relevante de 7.5% y donde existían más de 3,818 tiendas de un solo propietario y más de 150 supermercados de cadena. CHESNEY, FRED. S., “*Antitrust & Regulation: Chicago's contradictory views*”, en *CATO Journal* 10, n° 3 (Winter 1991), pág. 777. Consultado el 27 de diciembre de 2005 en: <http://www.catoinstitute.org/pubs/journal/cj10n3/cj10n3-10.pdf>

59 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 11.

60 BAKER, JONATHAN B., ob. cit., pág. 10.

#### 1.1.4. CUARTA ETAPA (1972-1991)

La forma de aplicar el derecho de la competencia por las cortes en las dos décadas anteriores fue criticada por economistas y abogados a comienzos de los años setenta. Entre ellos la denominada *escuela de Chicago* compuesta por reconocidos abogados y economistas como RICHARD POSNER, ROBERT BORK, AARON DIRECTOR, FRANK EASTERBOOK y GEORGE STIGLER, entre otros.

Según KOVACIC y SHAPIRO, los economistas de esta nueva *escuela de Chicago* aborrecían la regulación de la entrada a los mercados y la regulación de precios, pero se diferenciaban en cuanto a que,

“hacían énfasis en la eficiencia para explicar muchos fenómenos como la concentración industrial, las integraciones y las restricciones contractuales, que en las décadas de los años cincuenta y sesenta fueron desfavorecidas por el derecho antitrust”<sup>61</sup>.

Con la influencia de la nueva *escuela de Chicago*, las cortes de EE.UU. comenzaron a tener en cuenta la eficiencia creada por la conducta analizada. En esta etapa las cortes comenzaron a aceptar conductas que creaban eficiencias que eran benéficas para los consumidores. El objetivo principal de las leyes antimonopolio se transformó: ahora se buscaría el bienestar del consumidor. De esta forma se estableció que la eficiencia conducía al bienestar del consumidor. En ese sentido el objetivo de la legislación de libre competencia desde el nuevo enfoque denominado *criterio de la eficiencia* puede explicarse en los siguientes términos:

“La misión de las leyes antimonopolísticas bajo este esquema, es la de controlar, impedir y castigar las prácticas restrictivas de la competencia, para efectos de garantizar la igualdad de oportunidades dentro de los mercados. Los monopolios sólo serán condenados cuando se demuestre que crean ineficiencias al restringir la producción con el objeto de elevar los precios, en detrimento de los consumidores, y de la economía en general”<sup>62</sup>.

---

61 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 13. La traducción es nuestra.

62 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág. 153.

En esta nueva etapa se controvirtieron muchas de las reglas *per se* creadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre los años 1940 y 1972, pues según abogados y economistas<sup>63</sup> algunas conductas prohibidas *per se* tenían efectos pro competitivos muy importantes, y por ende, deberían ser estudiadas desde la regla de la razón<sup>64</sup>.

Según KOVACIC y SHAPIRO las críticas fueron acogidas en gran parte por la percepción de que las empresas norteamericanas estaban perdiendo terreno en el mercado mundial<sup>65</sup>. De esta forma, las decisiones de la Corte Suprema sobre colusión y cooperación entre empresas reflejó una tensión entre quienes optaban por el uso de la *regla per se* y quienes preferían el uso de la *regla de la razón*. Este último sistema de análisis difiere de la *regla per se* en la medida en que se aplica a prácticas cuyas consecuencias no siempre son anticompetitivas y que dependen de la particular estructura del mercado.

Los cuatro aspectos que la autoridad de la competencia debe analizar de una práctica son su naturaleza, su propósito, su efecto sobre la libre competencia y el poder de mercado del agente económico<sup>66</sup>. Así, para que un agente económico pueda ser sancionado a la luz de la *regla de la razón*, su conducta debe producir efectivamente una restricción a la competencia que no puede ser compensada por las eficiencias que dicha conducta pueda generar.

En cuanto a la investigación por abuso de la posición dominante y al análisis de las integraciones empresariales hubo un giro importante: las investigaciones relacionadas con la posición dominante en su mayoría fueron falladas en favor de los investigados. Frente a las integraciones, la balanza empezó a inclinarse a favor de las empresas que pretendían unirse, pues en varias decisiones se aceptaron las justificaciones relacionadas con las eficiencias que se crearían en virtud de la

---

63 KOVACIC y SHAPIRO mencionan a ROBERT BORK, RICHARD POSNER, FRANK EASTERBOOK, ERNEST GELLHORN y BETTY BOCK.

64 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 13.

65 Ibídem, pág. 13.

66 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., págs. 158–159.

concentración económica<sup>67</sup>. En ese contexto fue expedido un nuevo *Manual de integraciones* en 1982 —que reemplazó el de 1968— y que incorporó

“factores más allá de la concentración de mercado hacia el análisis de los efectos competitivos que podría causar la transacción”<sup>68</sup>.

#### 1.1.5. QUINTA ETAPA (A PARTIR DE 1992)

En los últimos 20 años las leyes antimonopolio han evolucionado hacia un enfoque ecléctico —que se denomina *criterio de planeación estratégica*— que asimila los aspectos más importantes de la escuela estructuralista y la teoría de la eficiencia<sup>69</sup>.

La Corte Suprema ha intentado balancear los beneficios pro competitivos *versus* los efectos anticompetitivos de la conducta. Según KOVACIC y SHAPIRO a partir de la década de los noventa se ha presentado la tendencia en las decisiones de las autoridades de la competencia a buscar un punto medio entre la aplicación de la *regla per se* y la *regla de la razón*. Según estos autores,

“lo característico en los casos recientes sobre colusión o cooperación entre empresas es la búsqueda de técnicas analíticas que sean manejables y que puedan evitar la complejidad de la tradicional regla de la razón pero que a la vez puedan suministrar un análisis fáctico más detallado que el uso de la regla *per se*”<sup>70</sup>.

Según KOVACIC y SHAPIRO, la teoría de juegos ha tenido un *rol* importante en las políticas de competencia de los últimos años. La teoría de juegos es una metodología innovadora de las ciencias económicas que fue desarrollada por JOHN VON NEUMANN y JOHN NASH a mediados del siglo XX. Esta metodología permite estudiar el

---

67 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 14.

68 BAKER, JONATHAN B., ob. cit., pág. 14. La traducción es nuestra.

69 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág. 154.

70 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 16. La traducción es nuestra.

comportamiento de los agentes económicos desde condiciones de incertidumbre<sup>71</sup>. Un ejemplo de la adopción de esta herramienta económica para moldear la política de competencia son los programas de delación o *leniency programs* del Departamento de Justicia, en virtud de los cuales se le da

“inmunidad criminal al primer miembro de un cartel que revele la existencia del cartel”<sup>72</sup>.

En los carteles siempre existe un incentivo para los agentes de violar el acuerdo de precios, para vender por debajo del precio acordado y capturar una mayor proporción del mercado. Así, la existencia del cartel está sujeta a la inestabilidad permanente de que uno de sus miembros esté tentado a violar los acuerdos. El programa de delación crea un mayor incentivo para que el cartel se disuelva en la medida en que el integrante del mismo que denuncie ante la autoridad de competencia la existencia del acuerdo adquiere inmunidad respecto de las sanciones que conllevaría su conducta.

Desde 1975 la Corte Suprema de Justicia no ha creado nuevas reglas de importancia en el área del control de integraciones empresariales<sup>73</sup>. Lo que se ha fortalecido con el paso del tiempo ha sido el peso del análisis económico en el estudio de las integraciones, lo que ha obligado a los abogados a trabajar de cerca con los economistas<sup>74</sup>.

---

71 SAMUELSON y NORDHAUS enseñan que la teoría de juegos “analiza la forma en que dos o más jugadores o agentes eligen curso de acción o estrategias que afectan conjuntamente a cada uno de los participantes.” La teoría de juegos aporta importantes conclusiones sobre la racionalidad conducta de los agentes económicos de un oligopolio o de un duopolio, lo cual, sin duda, es de gran utilidad para el derecho de la competencia. SAMUELSON, PAUL NORDHAUS, WILLIAM, ob. cit., pág. 250.

72 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 16.

73 El último caso en el que se crearon criterios sustantivos sobre análisis de integraciones fue el caso *United States v. Citizens & Southern National Bank* (1975). Véanse GELLHORN, ERNEST, et. al. *Antitrust Law and Economics*, West, USA, 2004, pág. 405 y KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 16.

74 KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, ob. cit., pág. 17.

A medida que la sociedad avanza y genera nuevos productos y servicios, nuevas formas de producción y nuevas formas de organización industrial, el derecho de la competencia tendrá que adaptarse a estos cambios. Esta anotación es válida tanto para los países desarrollados, como para aquéllos en vías de desarrollo, en los cuales el derecho de la competencia es más joven.

Uno de los retos que debe afrontar el derecho de la competencia consiste en la aplicación de sus conceptos a la llamada *nueva economía*. Las industrias producto de esta *nueva economía*, de acuerdo con RICHARD POSNER<sup>75</sup>, se clasifican en tres:

1. las que desarrollan *software*,
2. los negocios basados en la Internet, y
3. los servicios de comunicaciones y equipos de comunicaciones que soportan las dos primeras.

Algunos abogados y economistas han manifestado que la normativa vigente en materia de derecho de la competencia no puede adaptarse de manera adecuada a las particularidades y situaciones que crean las industrias que conforman esta *nueva economía*<sup>76</sup>.

En la actualidad hay pocos técnicos competentes y neutrales que puedan asesorar a las autoridades de la competencia en estos campos. A este problema se unen dos factores adicionales: la dificultad para medir con certeza la participación de una empresa de la *nueva economía* en el mercado y la velocidad en la innovación tecnológica

---

75 POSNER, RICHARD A., “*Antitrust in the New Economy*”, University of Chicago, Law & Economics, *Olin Working Paper*, n° 106, noviembre de 2000, pág. 2. Ensayo consultado el 17 de enero de 2005 en: <http://ssrn.com/abstract=249316>

76 De acuerdo con POSNER estas industrias se caracterizan, entre otros, por producir bienes intangibles protegidos por propiedad intelectual, las integraciones verticales entre ellas son frecuentes, hay un alto grado de innovación, hay una entrada y salida de competidores muy frecuente, hay economías de escala en el consumo (no en la manufactura). Para conocer de cerca la relación de la *nueva economía* con el *antitrust* recomendamos leer: POSNER, RICHARD A., *Antitrust in the New Economy*, University of Chicago, Law & Economics, *Olin Working Paper* n° 106: noviembre de 2000. Ensayo consultado el 17 de enero de 2005 en: <http://ssrn.com/abstract=249316>

que contrasta con la lentitud de los procesos judiciales. Sin embargo, según POSNER, el problema no es doctrinal sino institucional, es decir, que está ligado a los pocos recursos y capacidad de las autoridades de la competencia para analizar la complejidad técnica de los productos y servicios ofrecidos por estas industrias<sup>77</sup>.

En síntesis, la aplicación del derecho de la competencia de EE.UU. se ha adaptado constantemente desde su inicio de acuerdo con la situación política y económica del momento<sup>78</sup>. En las últimas décadas el análisis económico ha cobrado más fuerza y sin duda alguna, los economistas y las teorías que desarrollen en el futuro tendrán una gran incidencia en la normativa de competencia.

## 1.2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

A pesar del desarrollo previo en legislaciones nacionales, el derecho de la competencia en Europa empezó a desarrollarse de manera importante con la firma del tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – CEE). Debe tenerse en cuenta que el objetivo del derecho de la competencia de la Unión Europea (en adelante UE<sup>79</sup>), como el resto de la normativa comunitaria, es el de profundizar la integración económica de Europa, lo cual puede diferenciarlo del *antitrust* norteamericano y del derecho de la competencia de otros países<sup>80</sup>.

77 Ibidem, págs. 8–9.

78 Según el profesor BAKER, hay tres razones que explican la diferente aplicación del derecho antimonopolístico en EE.UU. en los diferentes períodos: 1) desarrollos en la economía, más específicamente la industrialización y la gran depresión conllevaron a nuevas formas de organización industrial; 2) el sistema político ha sido receptivo a los nuevos enfoques. 3) “el pensamiento económico ha alterado la forma en que el derecho antimonopolio ha entendido las consecuencias económicas de las prácticas empresariales”. (BAKER, JONATHAN B., ob. cit., págs. 17-19).

79 Con la firma del tratado de Ámsterdam en 1999 se cambió el nombre de Comunidad Económica Europea - CEE, por el de Unión Europea – UE.

80 A este respecto PHILIP LOWE, director general del DG Competition de la UE, ha señalado que aunque muchos académicos han criticado la orientación de la normativa de libre competencia en Europa, pues consideran que el objetivo de consolidar el

Según el profesor de la Universidad de Salamanca, EDUARDO GALÁN CORONA, la creación de un mercado común requería la aplicación de unas políticas de competencia, especialmente porque la caída de las fronteras económicas podría facilitar y agudizar el abuso de la posición dominante y el fraccionamiento de los mercados por medio de acuerdos anticompetitivos<sup>81</sup>. En ese mismo sentido señala el profesor GABRIEL IBARRA PARDO, refiriéndose al proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones - CAN, que la liberación comercial requiere de una adecuada legislación de libre competencia. Así argumenta lo anterior el profesor IBARRA:

“La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia.

De tal manera que para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas”<sup>82</sup>.

---

mercado común es incompatible con los principios de libre competencia, “ellos creen que tanto la competencia como la integración del mercado en últimas están orientadas al mismo fin pues la creación y preservación de un mercado abierto promueve la asignación eficiente de los recursos de la comunidad en beneficio de los consumidores” (la traducción es nuestra). LOWE, PHILIP, Discurso “*How Different is EU anti-trust? An overview of EU Competition Law and policy on commercial practices*” pronunciado ante la *American Bar Association*, llevada a cabo en Bruselas el 16 de octubre de 2003. Ensayo consultado el 29 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html)

- 81 GALÁN CORONA, EDUARDO, “La aplicación del derecho de la competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento n° 1 de 2003”, conferencia realizada el 12 de septiembre de 2003, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC, Bogotá. Memorias consultadas el 3 de agosto de 2005 en: <http://www.centrocedec.org/contenido/articulo.asp?chapter=157&article=159>
- 82 IBARRA PARDO, GABRIEL, “Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina”, en *CEDEC*, colección Seminarios 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, 2ª edición, Bogotá, 1997, págs. 84–85.



La normativa de la UE es explícita al señalar su objetivo final, como se puede apreciar en el artículo segundo del tratado que establece los fines de la Comunidad Económica:

“Artículo 2. *La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los estados miembros*” (bastardilla fuera de texto).

El tratado establece los medios por los cuales la comunidad debe realizar los fines anteriormente mencionados, entre los cuales se encuentra el establecimiento de un

“régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior” (letra g. del apartado 1º del artículo 3).

Adicionalmente, el apartado primero del artículo 4º del tratado establece que la política económica de los estados miembros

“se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”.

Según el profesor GALÁN CORONA, desde el momento en que este tratado entró en vigor, fue plenamente acogido por las autoridades de competencia de los países integrantes de la entonces Comunidad Económica Europea. Sin embargo, en los años sesenta no existía en Europa una cultura de la competencia. Fueron los decretos de descartelización los que dieron lugar a las primeras normas nacionales *antitrust* en Europa, más exactamente en Alemania<sup>83</sup>.

---

83 GALÁN CORONA, EDUARDO, “La aplicación del derecho de la competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento n° 1 de 2003”.

El tratado Constitutivo de la UE contiene un capítulo sobre normas de competencia (capítulo 1, título VI) y la sección primera establece las normas de competencia aplicables a las empresas. Específicamente, el artículo 81<sup>84</sup> del tratado (otrora artículo 85, pues el tratado de Ámsterdam modificó la numeración del articulado<sup>85</sup>) contiene una prohibición general de conductas anticompetitivas y un catálogo de

- 
- 84 “Artículo 81.- 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:
- a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
  - b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
  - c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
  - d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
  - e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
  - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
  - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
    - a. impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
    - b. ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.
- 85 El artículo 12 del Tratado de Ámsterdam que entró en vigencia en mayo de 1999, cambió la numeración del tratado de Constitutivo de la Comunidad Europea y del tratado de la Unión Europea.

prácticas y acuerdos prohibidos<sup>86</sup>. En términos generales, el artículo 81 es equivalente a la sección primera de la Ley SHERMAN<sup>87</sup>. Sin embargo, la prohibición del artículo 81 no es absoluta pues el párrafo tercero del mismo artículo contempla la aplicación de excepciones si se cumplen determinados requisitos.

Por su parte, el artículo 82<sup>88</sup> (antes artículo 86) prohíbe absolutamente la explotación abusiva de la posición dominante<sup>89</sup>. En términos generales, el artículo 82 es equivalente a la sección segunda de la Ley SHERMAN pero presenta diferencias importantes que serán explicadas a continuación. Según PHILIP LOWE, director general del DG Competition ante la Comisión de la UE, los elementos esenciales del artículo 82 son los siguientes:

- 
- 86 Su ámbito de aplicación no incluye actos unilaterales diferentes del abuso de posición dominante en el mercado.
- 87 Para una explicación detallada sobre las diferencias entre la legislación *antitrust* de EE.UU. y el derecho de la competencia en Europa (especialmente en cuanto a precios predatorios, *fidelity rebates*, ventas atadas, acceso a facilidades esenciales y *market integration and parallel trade*) véase: LOWE, PHILIP, discurso “*How Different is EU anti-trust? An overview of EU Competition Law and policy on commercial practices*” pronunciado ante la American Bar Association, llevada a cabo en Bruselas el 16 de octubre de 2003. Discurso consultado el 29 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html)
- 88 “Artículo 82.- Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
- Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:
- a. imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
  - b. limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
  - c. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.
- 89 La estructura que presentan los artículos 81 y 82 ha sido copiada por varias jurisdicciones, incluyendo las de los países latinoamericanos.

- Su ámbito de aplicación no incluye conductas unilaterales de empresas que no ostentan una posición dominante en el mercado.
- Se aplica tanto para la posición dominante de una empresa como para la posición de dominio colectiva.
- Contiene un catálogo de conductas consideradas como abusivas.
- A diferencia del artículo 81, no hay excepción para el castigo del abuso<sup>90</sup>.

Según LOWE, hay dos diferencias estructurales entre la Ley SHERMAN y el artículo 82 del tratado de la UE. En primer lugar, mientras en la Unión Europea solamente pueden incurrir en conductas de abuso de la posición dominante las empresas que individual o conjuntamente ostenten una posición dominante en el mercado, en EE.UU. la sección segunda de la Ley SHERMAN se aplica

“tanto a la adquisición voluntaria del poder de monopolio mediante conductas anticompetitivas, como a la simple tentativa de monopolizar. Bajo la legislación de EE.UU. no es una condición necesaria que la firma posea un poder de monopolio cuando las conductas monopolísticas empiezan”<sup>91</sup>.

En segundo lugar, según LOWE, en EE.UU. un alza de precios excesiva por un monopolista o una restricción en la producción no es en sí misma prohibida<sup>92</sup>, mientras que en la UE se considera que un empresa con posición dominante que fije precios *injustos* por encima de las

---

90 LOWE, PHILIP. ob. cit.

91 Ibídem. La traducción es nuestra.

92 En EE.UU. se considera que el mercado se encarga de corregir por sí mismo la explotación abusiva, puesto que un incremento elevado en los precios por parte de una firma con posición dominante normalmente hará más atractivo al mercado para que nuevos competidores disputen su posición.

condiciones de mercado o limite su producción, incurre en abuso de la posición dominante en virtud de los literales a. y b. del artículo 82<sup>93</sup> 94.

Con el fin de implementar los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam —antes artículos 85 y 86— del Tratado de Roma se expidió el Reglamento n° 17 de 1962. Este reglamento centralizó en la Comisión Europea —más concretamente en la Dirección General IV<sup>95</sup>— la aplicación de las normas de la competencia.

El modelo de prohibición del artículo 81 es *a priori*, pues es suficiente que se cumplan los elementos descritos por la norma para que ésta se aplique. Por otra parte, el modelo de autorización de prácticas exceptuadas es *a posteriori* pues los acuerdos, decisiones y prácticas pueden subsistir siempre que cumplan expresamente con los requisitos del artículo 81 parágrafo 3. Estos acuerdos, decisiones y prácticas deben notificarse ante la respectiva autoridad, de lo contrario, no pueden gozar de la excepción que establece el artículo mencionado<sup>96</sup>.

### 1.2.1. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

La regulación sobre integraciones empresariales fue incorporada al derecho de la competencia de manera tardía por la UE, por medio del Reglamento n° 4064 de 1989<sup>97</sup>. Esta normativa ha sido revisada varias

93 Ibidem.

94 De manera concordante con el derecho de la competencia en la UE, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en Colombia prohíbe la realización de toda clase de “prácticas procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y *a mantener o determinar precios inequitativos*”.

95 En la actualidad, la Comisión Europea está dividida en 36 “direcciones generales”, una de las cuales es la Dirección General de Competencia.

96 GALÁN CORONA, EDUARDO, ob. cit.

97 Según PHILIP LOWE, desde 1990 hasta finales del año 2003 la Comisión revisó más de 2000 integraciones y adquisiciones, de las cuales el 90 por ciento fueron autorizadas incondicionalmente y sólo 18 operaciones fueron objetadas, es decir menos del uno por ciento de las presentadas. Véase LOWE, PHILIP, “*Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime*”, *North Western Journal of International Law and Business*, 31 de diciembre de 2003. Ensayo consultado el 29 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html)

veces en los últimos años, específicamente a través del Reglamento n° 1310 de 1997 y el Reglamento n° 139 de 2004. Según el profesor JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, estas reformas no representan un cambio radical en el control de integraciones, sino

“una continuidad, con las mejoras puntuales en los aspectos que la experiencia de aplicación de los últimos años había revelado como fallidos o inadecuados”<sup>98</sup>.

Según el profesor ALFARO, esta reforma obedece a la nueva etapa que debe enfrentar la UE con la ampliación del número de estados que la integran. Las condiciones económicas en la UE han cambiado considerablemente; muestra de ello es el hecho de que hoy en día, según PHILIP LOWE, la Comisión estudia cinco veces más casos que a comienzos de la década de los noventa<sup>99</sup>.

En las consideraciones del Reglamento n° 139 de 2004 se explica la necesidad de su expedición partiendo de la premisa de que el contexto económico de la región (“la realización del mercado interior y la unión económica y monetaria”) y el contexto internacional (“reducción de las barreras internacionales al comercio y la inversión”), además de la ampliación a 25 estados miembros de la UE, dará lugar a importantes operaciones de concentración empresarial. Dicho proceso es considerado como positivo para los fines de la UE, pero requiere de un control para evitar que algunas de esas concentraciones obstaculicen *de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo*.

---

98 ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Las reformas en materia de control de integraciones en la Unión Europea y en España”, presentación realizada en el seminario “Integraciones empresariales y condicionamientos”, organizado en la Pontificia Universidad Javeriana con el apoyo y participación del CEDEC, por la UE, la CAN y la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, en Bogotá. 16 de agosto de 2005.

99 Véase LOWE, PHILIP. “Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime”. North Western Journal of International Law and Business. 31 de diciembre de 2003. Ensayo consultado el 29 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html)

El cambio más importante introducido por la última reforma al control de integraciones, que entró en vigencia desde el 1° de mayo del año 2004, fue la modificación del criterio desde el cual debe objetarse una concentración. El criterio anterior (*test de dominancia*) consistía en que una concentración debía ser objetada cuando creaba o reforzaba una posición dominante, para lo cual se debía analizar

“el daño que la operación podía causar a la estructura competitiva del mercado y no si la misma tenía por efecto reducir el grado de competencia entre los operadores, con independencia de que creara o no una situación de dominio”<sup>100</sup>.

La reforma incorporó un criterio más estricto conocido como *disminución sustancial de la competencia* (en inglés, *substantially lessening competition*). De conformidad con este criterio deberá objetarse una operación que pueda

“obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante”<sup>101</sup>.

La mayor amplitud que se le da a la Comisión de Competencia para analizar una concentración en virtud del nuevo criterio, tiene como objeto evitar las consecuencias que éstas podrían tener un mercado oligopolístico. El profesor JESÚS ALFARO lo explica en los siguientes términos:

“permite ampliar el campo de actuación de la Comisión para intervenir en los casos de efectos unilaterales de una operación de concentración en un mercado oligopolístico no cooperativo, que no dan lugar ni a una posición de dominio individual ni conjunta, pero que aun así sí pueden amenazar la competencia efectiva, bien porque el competidor absorbido fuera el que ejercía mayor presión competitiva en dicho mercado (*maverick*); bien porque los que se fusionan sean los participantes que más intensamente competían entre sí”<sup>102</sup>.

---

100 Ibid.

101 Inciso tercero del artículo 2 del Reglamento n° 139 de 2004.

102 LOWE, PHILIP, ob. cit. La traducción es nuestra.

En nuestro concepto, este criterio no resulta adecuado para analizar las concentraciones empresariales en los países de América Latina y el Caribe. En efecto, debe tenerse en cuenta que los mercados latinoamericanos son pequeños y altamente concentrados, razón por la cual la aplicación de un criterio como el de *substantially lessening competition* produciría el rechazo de la gran mayoría de las operaciones de concentración empresarial propuestas, lo cual impediría el fortalecimiento de las empresas de la región que se encuentran sometidas a una importante presión competitiva internacional.

### 1.2.2. LA MODERNIZACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UE<sup>103</sup>

Después de cuatro décadas de aplicación, la política de competencia europea ha dado un vuelco importante a raíz de la expedición del Reglamento n° 1° de 2003 del Consejo de la Comunidad Europea, que implementa los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Esta regulación reemplazó el Reglamento n° 17 de 1962, y entró en vigencia el 1° de mayo de 2004. En virtud de este reglamento todas las autoridades de la competencia nacionales también tienen la facultad de aplicar las normas de competencia del tratado.

Los cambios que este nuevo reglamento genera son, entre otros, los siguientes: la armonización de las normas sustantivas de libre competencia, la derogación del sistema de notificaciones, la descentralización de la aplicación de la normativa de competencia, la

---

103 Sobre el cambio en la política de competencia de la UE véanse:

- LOWE, PHILIP, “*The role of the Commission in the Modernisation of EC competition law*”, discurso pronunciado el 24 de enero de 2004 en la conferencia en UKAEL, discurso consultado el 29 de agosto de 2005 en:  
[http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2004.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2004.html)
- LOWE, PHILIP, “*Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime*”, *North Western Journal of International Law and Business*, ensayo consultado el 29 de agosto de 2005 en:  
[http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html)
- SERRA LEITAO, MARIA, ob. cit., págs. 122-127.



expedición de *guías* para garantizar la seguridad jurídica, y la posibilidad de la Comisión de publicar

“opiniones razonadas y declaraciones públicas sobre temas no resueltos, sobre hechos o normas”<sup>104</sup>.

Desde la entrada en vigencia del llamado “paquete modernizador” de las normas antimonopolio de la UE, distintas autoridades europeas y la academia han evaluado los resultados de las reformas. Según NEELIE KROES, comisionada europea de la competencia, el primer resultado de las reformas ha sido la creación de una red entre las autoridades de la competencia nacionales que ha facilitado el proceso de descentralización en la aplicación de la normativa, mediante una activa cooperación, y ha producido,

“resultados reales en términos de una aplicación más efectiva y de un uso más eficiente...” de los recursos colectivos<sup>105</sup>.

Desde 1996 la Comisión Europea de Competencia ha implementado un *programa de delación*, aplicado exitosamente por las autoridades de EE.UU. En la actualidad 17 estados miembros de la UE cuentan con estos programas que según NEELIE KROES han sido muy exitosos para detectar y prevenir la formación de los carteles<sup>106</sup>.

De acuerdo con el profesor EDUARDO GALÁN CORONA<sup>107</sup> como consecuencia del trabajo de las autoridades de la competencia de la UE, se ha creado una cultura de competencia en Europa. Esto se refleja en que antes el derecho de la competencia no era parte del currículo de las facultades de derecho y hoy no solamente se enseña sino que existe una importante producción académica sobre el tema.

---

104 SERRA LEITAO, MARÍA., ob. cit., pág. 124. (la traducción es nuestra).

105 KROES, NEELIE, discurso ante en la Conferencia de la Comisión Europea – International Bar Association, en Bruselas, el 10 de marzo de 2005. Discurso consultado el 10 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2005.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2005.html)

106 KROES, NEELIE, ob. cit.

107 GALÁN CORONA, EDUARDO, ob. cit.

Adicionalmente, según el profesor CORONA la política de competencia ha llevado a desarrollar el mercado en los países europeos.

Sin embargo, hay muchos retos que deben enfrentar las autoridades europeas, como la burocratización y lentitud en las decisiones. Según el profesor GALÁN CORONA, este problema se detectó desde la década de los sesenta, y desde ese entonces se ha intentado combatir sin mucho éxito. Según NEELIE KROES, ha habido muy pocas indemnizaciones por violaciones a las leyes de competencia de la UE en los últimos cuarenta años, lo que implica que las víctimas de las conductas anticompetitivas no han sido compensadas por los daños que les han sido causados y que las leyes de competencia no tienen el nivel de disuasión que deberían tener<sup>108</sup>.

De la misma forma como ocurre en Estados Unidos y en varios países de Latinoamérica y el Caribe, la economía tiene hoy en día un *rol* preponderante para los procesos de libre competencia. Así lo corroboran las palabras del Dr. PHILIP LOWE quien, antes de ser elegido como director general de competencia en septiembre del año 2004, afirmó que,

“el derecho de la competencia da forma legal a conceptos económicos”<sup>109</sup>.

No obstante, de acuerdo con MARÍA SERRA L.,

“estos conceptos hasta ahora no han sido un componente importante en las decisiones sobre competencia de la Comisión Europea”<sup>110</sup>.

Sucede en Europa lo mismo que en América Latina y el Caribe. Para que la relevancia del análisis económico sea decisiva en los procesos adelantados por la autoridad de la competencia se requiere de funcionarios especializados tanto en las ciencias económicas como en el derecho.

---

108 KROES, NEELIE, ob. cit.

109 Citado por SEERA LEITAO, MARÍA, ob. cit., pág. 122. (la traducción es nuestra).

110 *Ibidem* (la traducción es nuestra).

En síntesis, el derecho de la competencia en Europa se desarrolló varias décadas después de su consolidación en EE.UU. y en un principio sus objetivos también difieren de los establecidos por el *antitrust* norteamericano. Sin embargo las reformas implementadas por la Unión Europea en materia de competencia la han acercado al modelo norteamericano. Finalmente, es importante tener en cuenta que varios países latinoamericanos han adoptado la estructura de las normas sobre competencia de la UE.

### 1.3. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

A partir de la década de los noventa, América del Sur, Centroamérica y el Caribe han sido escenario del florecimiento de leyes que promueven la libre competencia en sus mercados. Se trata de un giro político y jurídico de gran importancia para la región, no tanto por el hecho de la expedición de estas normas, sino por la aplicación de las mismas por las autoridades de la competencia.

En algunos países de Latinoamérica esta normativa ya existía desde tiempo atrás<sup>111</sup>. En Argentina existían normas antimonopolio desde 1919, en México a partir de 1934 (Ley Orgánica), en Colombia

---

111 Véanse: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El régimen general de la libre competencia”, en *CEDEC III*, colección Seminarios, n° 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, reimpresión, Bogotá, 2002, págs. 23-24. CURIEL, CLAUDIA, “La necesaria discusión de los regimenes de libre competencia en América Latina”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 18, 2004, Unión Europea, págs. 71-82. RIVIÈRE, JUAN ANTONIO, “La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 1, 1997, Unión Europea, pág. 23. KRAKOWSKI, MICHAEL, *Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica*, proyecto MIFIC-GTZ, Managua, 2001. JATAR, ANA JULIA, “Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: El caso de Venezuela”, documento consultado el 10 de mayo de 2005 en: <http://www.procompetencia.gov.ve/politicascompetenciavenezuela.html>

desde 1959 (Ley 155<sup>112</sup>), en Chile desde 1959 (Ley 13.305) y en Brasil se remontan a 1962 (Ley 4137). Sin embargo, la existencia formal de esta legislación no aseguraba su cumplimiento; incluso puede decirse que muchas de estas leyes nunca fueron aplicadas<sup>113</sup>.

En Colombia, por ejemplo, la Ley 155, “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”, fue expedida por el Congreso en 1959, pero durante las tres décadas siguientes a su expedición, la autoridad de la competencia no resolvió ningún caso. La falta de aplicación en el caso colombiano se explica por las siguientes razones:

- El modelo de desarrollo proteccionista o cepalino, basado en la sustitución de importaciones, que no promovió una cultura de competencia en el país.
- La falta de voluntad del Estado para aplicar las leyes de competencia, la cual se explica por la captura de las autoridades por los grupos de interés económico y la predominante cultura de no competencia.
- La escasez de recursos económicos y humanos de las autoridades para llevar a cabo esta compleja tarea.
- Un defecto estructural de la normativa, al incorporar una excepción demasiado amplia (parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en concordancia con el artículo 1 del decreto 1302 de 1964)<sup>114</sup>.

Las razones que explican la falta de aplicación inicial de las normas antimonopolio en Colombia, son también válidas para la mayoría de los países latinoamericanos<sup>115</sup>. Según MICHAEL KRAKOWSKI, antes de

---

112 Aunque esta es la primera ley general de competencia en Colombia, desde la Ley 27 de 1888 se prohibían las “sociedades anónimas (...) que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de industria” (artículo 6).

113 KRAKOWSKI, MICHAEL, ob. cit., pág. 1.

114 Véase. MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., págs. 23-24.

115 Véase JATAR, ANA JULIA, “Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: el caso de Venezuela”. Documento consultado el 10 de mayo de 2005 en: <http://www.procompetencia.gov.ve/politicacompetenciavenezuela.html>

los años noventa tan sólo en Chile y Argentina se aplicaron las políticas de competencia, lo que confirma que,

“la historia de la promulgación de las leyes de competencia no es idéntica a la implementación de las políticas respectivas”<sup>116</sup>.

Como consecuencia del cambio del modelo de desarrollo proteccionista por el de apertura económica, a finales de la década de los ochenta y durante la década de los noventa, los gobiernos de los países latinoamericanos expresaron la voluntad política de expedir nuevas leyes de competencia o de reformar las existentes, y de implementar los mecanismos necesarios para su ejecución. Tal es el caso de las autoridades de la competencia dotadas de funciones administrativas y, en algunos casos, de funciones judiciales. Esta decisión tiene una gran importancia económica para toda la región, teniendo en cuenta que más del 90% del producto interno bruto (PIB) de toda Latinoamérica y del Caribe es producto de los doce países que han adoptado una legislación de competencia<sup>117</sup>.

Esta voluntad de los gobiernos para impulsar la política de competencia y la consecuente aplicación del derecho de la competencia se debe a dos procesos políticos y económicos que se desarrollaron a comienzos de la década de los noventa<sup>118</sup>.

En primer lugar, el afianzamiento de la democracia como forma de gobierno, en contraposición a las dictaduras militares<sup>119</sup> que dominaron

---

116 Ibidem.

117 Según cifras del Banco Mundial, el PIB de Latinoamérica y el Caribe es de más 2000 billones de dólares, de los cuales Brasil y México tienen una participación del 63.5%. Véase Banco Mundial, “World Development Indicators – 2005”. Documento consultado el 25 de agosto de 2005 en: <http://www.worldbank.org/data/wdi2005/wditext/Cover.htm>

118 En algunos países del Latinoamérica el proceso de liberalización y apertura de los mercados comenzó a finales de los años ochenta. Véase RIVIÈRE, JUAN ANTONIO, ob. cit., pág. 23.

119 Una excepción a la relación entre democracia y libre mercado fue la dictadura del general PINOCHET en Chile, régimen en el cual se llevaron a cabo reformas tendientes a la liberalización económica que tuvieron muy buenos resultados. Al respecto es preciso aclarar que no es posible asignarle el éxito de la economía chilena al sistema

buena parte de la segunda mitad del siglo XX<sup>120</sup>. De esta forma se ha querido consolidar el Estado de derecho y la seguridad jurídica necesaria para el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales, especialmente las inherentes al comercio.

No sobra mencionar la apreciación del profesor JONATHAN BAKER según la cual:

“la hostilidad del derecho de la libre competencia hacia las concentraciones de poder económico refleja la preocupación de que el poder político de las grandes firmas puede poner en peligro la democracia”<sup>121</sup>.

El profesor BAKER fundamenta esta dura afirmación en el caso del conglomerado International Telephone and Telegraph Corp. Este grupo empresarial quiso evitar que el Departamento de Justicia revisara una adquisición que proyectaba realizar y acudió al cabildeo ante la administración del presidente NIXON en los EE.UU. Según el autor citado, este hecho puso en movimiento una cadena de eventos que finalmente configuraron una de las acusaciones contra NIXON en el caso *Watergate*.

El segundo proceso que ha determinado la aplicación de políticas de competencia en los países latinoamericanos es precisamente el consenso político sobre el establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo económico caracterizado por la apertura del comercio —tanto internamente como hacia el exterior—<sup>122</sup>.

A finales de los años setenta y durante la década de los ochenta se discutió en Latinoamérica el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones que fue promovido por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) desde los años cincuenta<sup>123</sup>. La

---

dictatorial de gobierno, sino a las medidas de política económica adoptadas. Nada más contrario a los principios del liberalismo económico que un régimen dictatorial.

120 RIVIÈRE, JUAN ANTONIO, ob. cit., pág. 23.

121 BAKER, JONATHAN B., ob. cit., pág. 10. La traducción es nuestra.

122 Véanse MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia”, en *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, Librería del Profesional, págs. 52–70. MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., págs. 17–47. RIVIÈRE, JUAN ANTONIO, ob. cit., pág. 23.

123 Véase MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., págs. 52–70.

finalidad del modelo era lograr el desarrollo industrial de las economías eminentemente rurales de los países de América Latina, para lo cual se debían generar barreras arancelarias que protegieran la incipiente industria interna de la competencia internacional. En teoría esto permitiría transformar la estructura de producción de estos países para sustituir la producción de productos primarios —que tienen tendencia a hacerse más baratos—, para producir bienes con un mayor valor agregado —que tienden a hacerse más rentables—.

Durante el período de aplicación del modelo de desarrollo cepalino basado en la sustitución de importaciones se presentaron grandes cambios que trascendieron lo estrictamente económico: urbanización, universalización de la educación y esfuerzos por ampliar la cobertura de los servicios de salud. Quienes promovieron este modelo señalan que fue gracias a su implantación que Latinoamérica dejó de ser una región rural para avanzar hacia la industrialización.

Sin embargo, este modelo produjo mercados altamente concentrados e ineficientes, y por esto se estimó necesario revisarlo con el fin de detener los procesos inflacionarios y obtener mayores tasas de crecimiento económico. El agotamiento de este modelo dio paso al denominado *Consenso de Washington*, que representó un viraje de 180 grados en la política económica. El consenso que consistió en una serie de recomendaciones a los países de América Latina golpeados por la crisis de la deuda externa en los años ochenta, buscaba incrementar la eficiencia<sup>124</sup> de las economías de la región por medio de la disciplina en la política macroeconómica, liberalización financiera, cambiaria y comercial, privatizaciones, desregulación de la economía y la promoción de la inversión extranjera directa.

En ese sentido, KRAKOWSKI sostiene que la implementación de las políticas de competencia hizo parte

---

124 Aunque en cada país latinoamericano se dieron procesos distintos de liberalización, para varios economistas, entre ellos JOSEPH STIGLITZ y CÉSAR A. FERRARI, este consenso no logró un aumento en la competitividad de las empresas. Conferencia de CÉSAR A. FERRARI en el marco de las conferencias de “*The Phoenix Institute – Colombia*”, realizada el 10 de febrero de 2004.

“de un proceso general de reformas económicas, el cual se puede describir con las palabras clave: liberalización económica, desregulación y privatización. Estas políticas en su totalidad estaban dirigidas a mejorar el funcionamiento de los mercados”<sup>125</sup>.

El proceso de liberalización comercial hubiera quedado incompleto sin leyes de promoción de la competencia<sup>126</sup>, pues de nada serviría abrir las puertas al mercado internacional mientras se mantuvieran las restricciones a la competencia en el mercado interno. Al respecto el profesor GABRIEL IBARRA PARDO explica lo siguiente:

“Es un hecho que el proceso de apertura económica y los esquemas de integración puestos en marcha por los países latinoamericanos durante los últimos años, han buscado promover la competencia en los mercados locales. Es así como en la actualidad, la competencia comercial es el protagonista, es el personaje central del guión en el ámbito de las relaciones económicas entre los países latinoamericanos.

Pero la liberación comercial no es suficiente, por sí sola, para promover la competencia, sino que además requiere una legislación de defensa de la competencia que complemente las políticas económicas de estos países.

La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia.

De tal manera que para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas

---

125 KRAKOWSKI, ob. cit., pág. 2.

126 La apertura económica no sólo se realizó por medio de esta clase de normativa. También encontramos legislaciones conexas que propenden por el mismo fin y que van de la mano del derecho de la competencia. “Entre éstas destacan los derechos de los consumidores, normalizaciones técnicas, reglas sobre inversiones, derecho mercantil con especial mención del registro de patentes y marcas, defensa comercial, privatizaciones y sectores de servicios regulados”, en RIVIÈRE, JUAN ANTONIO, ob. cit., págs. 23–24.



instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas”<sup>127</sup>.

Por su parte, LEONARDO VERA y DAVID MIERES argumentan que la liberalización comercial no es suficiente para que un mercado sea competitivo y explican la necesidad de una ley de competencia por las siguientes razones:

“la competencia externa no tiene impacto sobre los bienes no transables (aquellos bienes que por razones de costos de transporte o su grado de perecibilidad no pueden ser comercializados internacionalmente); las compañías verticalmente integradas en los canales de distribución pueden amortiguar los efectos de la apertura convirtiéndose en distribuidores exclusivos de los productos importados que compiten con ellas; la competencia producida por las importaciones no garantiza en el corto plazo la desaparición de los compromisos colusivos; y por último, las políticas de apertura buscan un objetivo a muy largo plazo que es la reasignación de los recursos y la transformación de la estructura productiva, sin que con ello garanticen cambios de conducta”<sup>128</sup>.

En resumen, las políticas de competencia tienen tres funciones concretas en este proceso de apertura económica:

1. permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores;
  2. proteger la competencia frente a prácticas restrictivas comerciales;
- y

---

127 IBARRA PARDO, GABRIEL, “Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina”, en *CEDEC*, colección Seminarios 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, 2ª edición, Bogotá, 1997, págs. 84–85.

128 VERA, LEONARDO y MIERES, DAVID, “Política de competencia: una visión panorámica”, septiembre de 1994. Documento consultado el 23 de abril de 2004 en: <http://www.procompetencia.gov.ve/publicaciones.html#infpol>

En el mismo sentido, véanse JATAR, ANA JULIA, “Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: el caso de Venezuela”. Documento consultado el 10 de mayo de 2005 en:

<http://www.procompetencia.gov.ve/politicascompetenciavenezuela.html>

VERA, LEONARDO y MIERES, DAVID, “Política de competencia: una visión panorámica”, septiembre de 1994. Documento consultado el 23 de abril de 2004 en: <http://www.procompetencia.gov.ve/publicaciones.html#infpol>

3. fomentar la eficiencia de las empresas y el consecuente bienestar para los consumidores<sup>129</sup>.

El proceso que hemos descrito implica la reestructuración del Estado, el cual debe asumir nuevas tareas y debe abandonar otras actividades con el fin de incrementar la eficiencia de su aparato productivo. Este es el origen de la normativa de competencia que encontramos en Latinoamérica. Sin embargo, es necesario advertir que la región atraviesa por un período de transición económica y política, marcada por el ascenso al poder de gobiernos de izquierda en Latinoamérica, el cual puede determinar un cambio sustancial en la forma en que se aplican estas normas. Según IGNACIO DE LEÓN, esta transición

“impone una especial atención a promover las condiciones donde la competencia no alcanza el punto de la eficiencia o sopesarla cuando ella se opone a otros objetivos sociales”<sup>130</sup>.

No todos los países de Latinoamérica y el Caribe han adoptado leyes generales de libre competencia. Hoy en día, cuentan con estas normas los siguientes países: Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Jamaica, México, Panamá, Perú, San Vicente y las Granadinas<sup>131</sup>, Uruguay y Venezuela. La aplicación de las mismas es distinta en cada país y está determinada por sus condiciones políticas y económicas.

En general, la aplicación efectiva de las leyes de competencia en estos países ha aumentado desde su implantación, pero para autores como KRAKOWSKI,

---

129 JATAR, ANA JULIA y TINEO, LUIS, “*Competition Policy in the Andean countries: a policy in search of its place*”, pág. 1.

130 DE LEÓN, IGNACIO, *Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia*, conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD): agosto de 2002, pág. 15.

131 Mediante la Ley de Leal Competencia n° 24 de 2004 establecieron su régimen del libre competencia.

“el esfuerzo inicial dirigido a este campo ha perdido fuerza en la segunda parte de la década de los noventa”<sup>132</sup>.

Algunos países como Bolivia, Ecuador<sup>133</sup>, Paraguay, Guatemala, Nicaragua, y la República Dominicana<sup>134</sup> no han promulgado leyes generales de libre competencia que rijan sobre toda la economía, a pesar de que sus respectivas constituciones consagran el principio de libre competencia y de que en algunos casos hayan adoptado leyes sectoriales de competencia. La mayoría de estos países han estudiado o estudian en la actualidad la posibilidad de adoptar esta legislación. Sin embargo, la implantación de normas de libre competencia ha fracasado varias veces, y en consecuencia

“[s]u postergación no sólo merma la escasa seguridad jurídica de dichos países sino también impide el desarrollo armónico del mercado”<sup>135</sup>.

Según CARLOS ALZA el hecho de que estos países no hayan expedido una legislación de competencia indica que,

“[n]o han logrado insertar como prioridad en su agenda pública la creación de las condiciones institucionales para la aprobación de la disciplina de competencia. Esto la debilita al no ser considerada ni entendida como una valiosa herramienta para la creación de capacidad y gobernabilidad en el país”<sup>136</sup>.

---

132 KRAKOWSKI, ob. cit., pág. 4.

133 En virtud de la Decisión 615 de 2005 de la CAN, la Decisión 608 de 2005 de al CAN es la norma de competencia de Bolivia y Ecuador en todo lo que le sea aplicable mientras se expide la legislación interna de competencia.

134 No tienen legislación general de competencia en América Latina y el Caribe: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bolivia (tiene leyes sectoriales), Cuba, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago.

135 ALZA, CARLOS, “Apuntes para el diseño e implementación de una agencia de la competencia moderna”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 16, 2003, Unión Europea, pág. 140.

136 *Ibidem*.

En nuestro concepto, la ausencia de normas generales de promoción de la competencia en algunos países de América es consecuencia de la oposición por parte de sectores específicos de la dirigencia económica de los respectivos países. Estos sectores se benefician de las políticas proteccionistas que van en contravía de los principios de libre competencia. En todo proceso tendiente a la adopción de políticas públicas, diversos sectores de la sociedad buscan influenciar el Estado para acomodar dichas políticas a sus intereses.

Según KRAKOWSKI, el argumento que esgrimen quienes se oponen a la introducción de normas de competencia es que en países pobres y/o pequeños,

“las políticas de competencia son de reducida prioridad e implican un costo muy alto”<sup>137</sup>.

Evidentemente, la aplicación de las políticas de competencia implica costos para el Estado, pues se necesita una autoridad de la competencia fuerte y con suficientes recursos para cumplir su función en forma técnica y eficiente. No obstante consideramos que para las economías pequeñas, que en general se caracterizan por la concentración económica y niveles elevados de precios, el costo de no aplicar una normativa de libre competencia es mayor que el costo de su aplicación. Lo cual no significa que las normas de competencia de otras regiones, especialmente de Norteamérica y de la UE, deban ser aplicadas sin mayor reflexión en Latinoamérica y el Caribe. Por el contrario, el diseño de las normas debe tener en cuenta las especiales características de las estructuras económicas de cada país<sup>138</sup>.

---

137 KRAKOWSKI, ob. cit., pág. 8.

138 En relación con el enfoque particular de las normas de libre competencia para las economías pequeñas, véase: Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD). *Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú*, editado por PHILIPPE BRUSICK, ANA MARÍA ÁLVAREZ y PIERRE M. HORNA. 2004, pág. 28 y sigs. Documento consultado el 14 de agosto de 2005 en: [http://www.unctad.org/sp/docs/ditcclp20043\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/ditcclp20043_sp.pdf)

Los consumidores, a pesar de ser los directos beneficiarios de estas normas, no tienen tanta influencia sobre el proceso político porque a diferencia de los gremios económicos no están organizados. Su participación generalmente se traduce en la posibilidad de participar en los procesos electorales. Sin embargo, la clase política no necesariamente refleja los intereses de los gobernados y, generalmente, tendrá sus propias opiniones e intereses<sup>139</sup>.

Desde el extranjero también se ejerce presión para incorporar leyes de competencia. Principalmente en virtud de tratados regionales de integración o libre comercio que incluyen cláusulas sobre políticas de competencia. Las instituciones financieras internacionales tienen un papel importante puesto que la necesidad de los gobiernos de acceder a créditos los obliga en muchas ocasiones a comprometerse no sólo a unas condiciones de pago sino también a ciertas condiciones que implican reformas legislativas o la ejecución de determinadas políticas económicas. Aunque la influencia de éstas es creciente en América Latina y el Caribe por el alto nivel de endeudamiento de las últimas décadas, éstas tan sólo se han limitado a recomendar la aplicación de políticas de competencia. Según KRAKOWSKI el único caso en el cual la introducción de estas políticas fue una condición expresa para acceder a un crédito fue Costa Rica<sup>140</sup>.

La armonización de las diferentes legislaciones mediante la definición multilateral de reglas comunes sobre política de competencia es un importante reto para el futuro del derecho de la competencia en América. Los acuerdos supranacionales en el marco de procesos de integración regionales han desempeñado un papel importante en la tarea armonizadora. En América existen normas supranacionales de libre competencia en virtud de los acuerdos de integración regional, entre otros, los siguientes:

---

139 KRAKOWSKI, ob. cit., págs. 16 a 17.

140 KRAKOWSKI, ob. cit., pág. 18.

- *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR)<sup>141</sup>: Protocolo para la defensa de la competencia, la Decisión 21 de 1996 y el Tratado de Asunción de 1999.
- *Comunidad Andina de Naciones* (CAN)<sup>142</sup>: Decisión 608 de 2005, que reemplaza la Decisión 285 de abril de 1991, “*Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*”. En cuanto al caso de la CAN doctrinantes como GABRIEL IBARRA PARDO, JAVIER CORTÁZAR MORA, ANA JULIA JATAR y LUIS TINEO<sup>143</sup> han considerado que la Decisión 285 fue un fracaso. Durante los catorce años de la vigencia de la norma sólo cuatro casos se presentaron ante la autoridad comunitaria. Los defectos señalados por los autores mencionados fueron resueltos en gran medida con la nueva Decisión 608 de 2005.
- *Comunidad del Caribe y Mercado Común* (en inglés, *Caribbean Community and Common Market - CARICOM*)<sup>144</sup>: fue creada por el Tratado de Chaquaramas en el año 1973. El capítulo VIII del tratado contiene las normas sobre las políticas de competencia y protección al consumidor. El artículo 171 crea una autoridad de la competencia regional, denominada Comisión de Competencia Comunitaria. El capítulo VIII define, entre otros aspectos, los objetivos de las políticas de competencia, aspectos procesales, la prohibición de determinadas conductas anticompetitivas y del

---

141 Compuesta por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Chile y Bolivia son países asociados.

142 Compuesta por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

143 Véanse, IBARRA PARDO, GABRIEL, “La política de competencia en las Comunidad Andina de Naciones”, en: *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC V*, colección Seminarios, n° 17, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2004, págs. 307–343. JATAR, ANA JULIA y TINEO, LUIS, ob. cit., págs. 17-19.

144 Los estados miembros de la CARICOM son Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago. Los estados asociados son: Anguila, Bermuda, las islas Vírgenes británicas, las islas Caimán, Turks y las islas Caicos.

abuso de la posición dominante. Adicionalmente, mediante el Protocolo VIII del año 2000 denominado “Política de competencia, protección al consumidor, *dumping* y subsidios” (en inglés, “*Protocol VIII: Competition Policy, Consumer Protection, Dumping and Subsidies*”) se modificó el tratado constitutivo de la CARICOM.

- *Mercado Común Centroamericano* (MCCA): nace del “*Tratado General de Integración Económica Centroamericana*” que fue suscrito en año de 1960 por El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y posteriormente por Costa Rica en el año 1963. El Protocolo de Guatemala de 1993 contempla en varias de sus normas, especialmente en el artículo 25, que los estados que lo conforman deben adoptar normas de libre competencia.
- *Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte* (TLCAN) o en inglés *North American Free Trade Agreement* (NAFTA): suscrito por Estados Unidos, México y Canadá. Entró en vigencia el primero de enero de 1994.

Finalmente, debemos reseñar que algunas instituciones internacionales han apoyado directamente la aplicación de las políticas de promoción de la competencia así como la cooperación entre las distintas autoridades de la competencia, mediante recursos, asesorías, seminarios, talleres, conferencias, documentos etc. Entre ellos, el Internacional Competition Network (ICN), la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD)<sup>145</sup>, la

---

145 Es importante resaltar el esfuerzo que ha hecho esta institución por brindar asistencia técnica a los países que no cuentan con una normativa de de libre competencia. La “Ley tipo de defensa de la competencia” preparada y discutida al interior de la UNCTAD ha sido y todavía es un referente imprescindible para los países que se encuentran en el proceso de incorporar normas de libre competencia. La “*Ley tipo de defensa de la competencia*” fue consultada el 18 de octubre de 2005 en: [http://vi.unctad.org/temp/ml\\_frames\\_sp.html](http://vi.unctad.org/temp/ml_frames_sp.html) Recomendamos igualmente consultar el documento preparado en el año 2003 por la UNCTAD en el cual se comenta y justifica el contenido de la “*Ley tipo de defensa de la competencia*”. Este documento fue consultado el 18 de octubre de 2005 en: [http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/modellaw03\\_sp.pdf](http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/modellaw03_sp.pdf)

Organización de Estados Americanos (OEA), el Sistema Económico Latinoamericano (SELA), el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC), la Organización Europea de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD), la Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), y la Comisión de Competencia de la Unión Europea.

## CAPÍTULO 2

### ASPECTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

#### 2.1. LOS SISTEMAS ECONÓMICOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con la definición del profesor español RAMÓN TAMANES, el sistema económico de un país es la forma de organización social que los hombres utilizan para el desempeño de su actividad económica<sup>146</sup>. Según el tipo de sistema los conglomerados sociales responden de diferente manera a tres problemas básicos de organización económica: ¿qué clases y cantidades de bienes y servicios serán producidos?, ¿cómo serán usados los recursos escasos para producirlos?; y ¿para quién serán producidos estos bienes y servicios?<sup>147</sup>.

En este estudio nos concentraremos en dos enfoques que históricamente se han empleado en respuesta a esas tres preguntas básicas<sup>148</sup>. En primer lugar, se planteó que estas decisiones fueran tomadas por una autoridad central. Así, el Estado toma la mayoría de las decisiones económicas de la sociedad o incluso las impone,

---

146 TAMANES, RAMÓN, *Estructura económica internacional*, Alianza, Madrid: 1999, pág. 41.

147 Véanse ibidem y SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 23 y sigs.

148 Una tercera forma de responder a estos interrogantes es mediante la tradición. Las sociedades del pasado respondían a estas preguntas mediante la costumbre heredada de sus ancestros. Véanse SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., págs. 24–25.



específicamente las relacionadas con la producción y distribución<sup>149</sup>. Según el profesor TAMANES:

“En este caso nos enfrentamos ante un sistema de planificación, que en su más alto grado de centralismo se encuentra en determinadas clases de socialismo”<sup>150</sup>.

A partir de la revolución bolchevique en 1917 se aplicó este modelo en la Unión Soviética y para la década de los ochenta,

“cerca de una tercera parte del mundo estaba gobernada por doctrinas marxistas”<sup>151</sup>.

Sin embargo, en esa misma década el mundo empezó a girar nuevamente hacia el libre mercado, debido al éxito económico de Norte América, Europa Occidental y los países del Este asiático, frente al atraso de las economías socialistas<sup>152</sup>. En 1989 cayó el muro de Berlín y con él las utopías socialistas. Después de este hito histórico muchos gobiernos socialistas cambiaron paulatinamente su política de planificación total de la economía y comenzaron su camino hacia una economía de mercado<sup>153</sup>.

En segundo lugar, y en contraposición a este sistema, está la economía de mercado, en la cual son las empresas privadas y las personas las que toman la mayoría de las decisiones relacionadas con la producción y el consumo<sup>154</sup>. Los profesores SAMUELSON y NORDHAUS lo describen en los siguientes términos:

“Un sistema de precios, de mercados, de beneficios y pérdidas, de incentivos y premios determinan el qué, el cómo y el para quién. Las empresas producen las mercancías que generan los mayores beneficios (el qué) mediante técnicas

---

149 *Ibidem*, pág. 25.

150 TAMANES, RAMÓN, *ob. cit.*, pág. 41.

151 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *ob. cit.*, pág. 4.

152 *Ibidem*, pág. 474.

153 *Ibidem*, pág. 42.

154 *Ibidem*, pág. 25.

de producción que son menos costosas (el cómo), y el consumo de los individuos depende de sus decisiones sobre la forma de gastar los salarios y las rentas de la propiedad generadas por su trabajo y sus propiedades (el para quién)”<sup>155</sup>.

Sin embargo, los economistas anteriormente citados<sup>156</sup> y otros como JOSEPH STIGLITZ<sup>157</sup> precisan que no existen sistemas económicos puros. No han existido economías donde únicamente sea el Estado el que tome todas las decisiones económicas o economías en las cuales la asignación de los recursos se deje enteramente al arbitrio de las fuerzas de la oferta y la demanda. Los diferentes sistemas sólo han tendido hacia alguno de los sistemas antagónicos que hemos descrito. Es decir, los mercados perfectos sólo existen en los libros de texto<sup>158</sup>. Hoy en día los sistemas mixtos o economías mixtas combinan aspectos de los dos sistemas descritos. Así describe JOSEPH STIGLITZ las economías mixtas:

“Aunque muchas de las actividades económicas son realizadas por empresas privadas, otras son realizadas por el Estado. Por otro lado, éste influye, intencionalmente o no, en la conducta del sector privado, mediante toda una variedad de reglamentaciones, impuestos y subvenciones”<sup>159</sup>.

En los años ochenta, en los países capitalistas de Occidente,

“los gobiernos redujeron las reglamentaciones que pesaban sobre la industria y liberalizaron los precios”<sup>160</sup>.

---

155 Ibidem.

156 Ibidem.

157 STIGLITZ, JOSEPH, *La economía del sector público*, Antoni Bosch, Barcelona, 2000, pág. 12.

158 Como se verá más adelante en este documento, el uso de el paradigma del *mercado perfecto* por las autoridades de competencia es criticado por importantes economistas, especialmente de representantes contemporáneos de la escuela de austríaca de economía.

159 Ibidem. Bastardilla fuera de texto.

160 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., pág. 4.

Estos pasos, como se dijo anteriormente, serían seguidos posteriormente en la década de los noventa por los países del Este de Europa en su transición al libre mercado. Después de décadas de la aplicación de teorías socialistas y de teorías keynesianas en todo el mundo, éstas empezaron a ceder frente a la economía de mercado.

De esta forma, el cambio de modelo de desarrollo de los años noventa en América Latina se enmarcó en el esfuerzo de los gobiernos por hacer la transición de una economía intervencionista a una economía de mercado. En Latinoamérica, desde hace varias décadas la asignación de los recursos no se llevaba a cabo principalmente por medio de la oferta y la demanda, pues se consideraba que la planificación o la intervención en la asignación de recursos por parte del gobierno era más conveniente para el bienestar social. Por esto, aunque en algunos países existían normas de competencia de tiempo atrás, éstas eran *letra muerta*, pues las políticas económicas de los gobiernos no eran afines a los principios de la libre competencia.

El modelo que imperaba en casi toda América Latina, que buscaba estimular la producción empresarial, implicaba subvenciones, monopolios, impuestos que discriminaban productos extranjeros, licencias exclusivas de producción para la denominada *industria incipiente*, barreras arancelarias y paraarancelarias (en algunos casos llegaba a la prohibición de importar algunos productos) y diversos mecanismos que no sólo impedían el libre comercio entre países, sino que también restringían la competencia internamente.

Explica IGNACIO DE LEÓN, profesor de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, que antes del establecimiento de normas de competencia,

“muchos países utilizaban controles de precios y complejos sistemas de reglamentación de precios”.

Lo cual, según el autor, llevaba a una disyuntiva pues

“en el plano administrativo, los precios regulados no pueden en general dar satisfacción a las necesidades de los consumidores y lograr el crecimiento

económico al mismo tiempo. Uno de los dos objetivos ha de sacrificarse por otro”<sup>161</sup>.

Es posible que en algunos países latinoamericanos las reformas económicas no fueran llevadas a cabo por la convicción de los gobernantes sobre su bondad, sino que se vieron presionados por la gran inestabilidad macroeconómica de la región<sup>162</sup>. La inestabilidad se manifestaba en un gran déficit fiscal, cesación de pagos de la deuda externa, devaluación de la moneda, alta inflación (en algunos casos hiperinflación), desempleo, recesión económica y pobreza<sup>163</sup>. Entre los años ochenta y noventa el ingreso *per cápita* en la región cayó en cerca de un tercio<sup>164</sup>, no en balde la década de los ochenta fue llamada la *década perdida* para Latinoamérica. Según SALOMÓN KALMANOVITZ, ex miembro de la junta directiva del Banco de la República de Colombia y profesor de la Universidad Nacional de Colombia,

“América Latina se encontró así condenada a una década de retroceso económico social, con una deuda de US\$ 360.000 millones”<sup>165</sup>.

Según el profesor KALMANOVITZ, la crisis económica mundial entre 1974 y 1975 fue el golpe de gracia para las teorías keynesianas.

---

161 DE LEÓN, IGNACIO, ob. cit., pág. 15.

162 PEDRO ROMERO, analista del Instituto Ecuatoriano de Economía Política, describe de esta forma los protagonistas de las reformas en Suramérica: “En Argentina fue un viejo líder de un partido calificado de izquierdista, en Perú un nuevo líder con un partido recién fundado, en Chile era un dictadura militar de “derecha”. Recordemos que tanto MENEM como FUJIMORI fueron populistas. En México el único partido, el PRI se renovó con un CARLOS SALINAS DE GORTARI. A Venezuela retornó un CARLOS ANDRÉS PÉREZ [...] Todos los nombres anteriores llaman la atención sobre un hecho: los que realizaron las reformas de “primera generación” orientadas al mercado no fueron políticos convencidos de que el mercado es el mejor asignador de recursos escasos de la economía”, en ROMERO, PEDRO, “¿Se hicieron las reformas de mercado?”, *Revista Perspectiva*, n° 2. Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2003, pág. 73.

163 *Ibidem*, pág. 72.

164 HOLDEN, PAUL, “Las reformas de segunda generación”, *Revista Perspectiva*, n° 2, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2003, pág. 66.

165 KALMANOVITZ, SALOMÓN, *Economía y nación. Una breve historia de Colombia*, Norma, Bogotá, 2003, pág. 514.

“La mayoría de los países, tanto maduros como de desarrollo tardío, se alejaron de las orientaciones keynesianas. La misma crisis internacional, su intensidad y larga duración, sentaron a los keynesianos en el banquillo de acusados”<sup>166</sup>.

La respuesta a esta crisis fue un proceso —liderado por corrientes liberales, entre ellos la escuela de Chicago—, hacia la disminución de la intervención del Estado en la economía, dejando al mercado el proceso de creación y asignación de los recursos en la sociedad.

“Para enfrentar el deterioro de la rentabilidad y de las condiciones de acumulación, la mayor parte de los gobiernos de Occidente ha recurrido en mayor o menor medida a reducir la intervención del Estado en la economía, a flexibilizar los mercados en general y el laboral en particular y a privatizar muchas empresas y servicios públicos”<sup>167</sup>.

Las políticas económicas, que implican un nuevo papel del Estado frente a la economía, se han desarrollado en diferentes grados en cada país y a un ritmo desigual. Las reformas al mercado han incluido la gradual liberalización de los precios en contraposición a la fijación gubernamental de precios, el final de los subsidios para algunos sectores económicos<sup>168</sup>,

“políticas de ajuste económico, saneamiento financiero, estricto control de divisas, desarme arancelario, favorecimiento de las inversiones extranjeras, privatizaciones de las empresas públicas y desarrollo de la integración económica regional”<sup>169</sup>.

El derecho de la competencia no sólo ha sido acogido en América Latina, en realidad, es una tendencia mundial. Según WILLIAM KOVACIC por lo menos 90 países ya han promulgado legislación

---

166 *Ibidem*, pág. 458.

167 *Ibidem*, pág. 514.

168 DE LEÓN, IGNACIO, *ob. cit.*, pág. 15.

169 RIVIÈRE, JUAN ANTONIO, *ob. cit.*, pág. 23.

antimonopolios<sup>170</sup>. Según el ICPAC, más del 60 por ciento de dicha legislación fue desarrollada en la década de los noventa<sup>171</sup>. La transformación del Estado y la prevalencia de la economía de mercado no sólo ocurrió en nuestro continente, y por ello las políticas de promoción de la competencia y la implantación del derecho de la competencia es una realidad global. Así lo explica JOSÉ LUIS DIEZ CANSECO, profesor de derecho de la competencia de la Universidad Católica del Perú:

“En los últimos años se verifica en la mayoría de países del mundo una marcada tendencia hacia la convergencia en el alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación de la competencia. Ello se debe a la creciente puesta en marcha de modelos económicos de libre mercado; a la extendida orientación hacia la liberalización de los mercados; al mayor énfasis que se brinda al bienestar de los consumidores, la eficiencia y la competitividad en las disposiciones relativas a la aplicación de la legislación sobre competencia; a la condena de las prácticas colusorias; a la limitación, eliminación o control de los abusos en lo referente a las exenciones sectoriales, personales o relacionadas con el Estado; a la mayor severidad en la aplicación de la legislación; al papel más destacado de las autoridades responsables de la competencia en la defensa de los principios relativos a la misma con ocasión de la aplicación de las demás políticas gubernamentales; a la aplicación de la legislación de la competencia a las prácticas comerciales restrictivas fuera del territorio nacional; y al robustecimiento de las consultas y la cooperación internacionales”<sup>172</sup>.

No obstante, como ya se había advertido, diferentes razones políticas y económicas han inclinado la balanza en algunos países de la Suramérica en favor de gobiernos de izquierda que han prometido tomar un camino diferente al señalado por el llamado *Consenso de Washington*, duramente criticado por diversos sectores sociales y políticos en

---

170 KOVACIC E., WILLIAM, “*Extraterritoriality, institutions, and convergence in international competition policy*”. Ensayo consultado el 8 de septiembre de 2005 en: <http://www.ftc.gov/speeches/other/031210kovacic.pdf>.

171 International Competition Policy Advisory Comitee (ICPAC). ob. cit., pág. 33.

172 DIEZ CANSECO, LUIS JOSÉ, “Política y legislación de la competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 9, 1999, Unión Europea, pág. 87. Bastardilla fuera de texto.

Latinoamérica. El viraje político y económico ha sido justificado por sus protagonistas por el pobre desempeño de las economías latinoamericanas en la última década, las cuales no han sido capaces de crecer a niveles suficientes para reducir sustancialmente la pobreza<sup>173</sup>. En consecuencia, muchas reformas de carácter liberal han sido contrarrestadas con políticas propias de un Estado intervencionista.

El caso más evidente es el de la República Bolivariana de Venezuela, en la que su mandatario, el presidente HUGO CHÁVEZ ha manifestado en varios discursos que el modelo que planea implantar en su país es el socialista. Sin duda alguna, las políticas económicas aplicadas por el Gobierno de CHÁVEZ tendrán un efecto importante en la forma como serán aplicadas las normas de libre competencia en Venezuela. El trámite del proyecto de *Ley antimonopolio, antioligopolio y la competencia desleal* que cursa en la actualidad en la Asamblea Nacional de Venezuela es consecuencia del nuevo orden político y económico que desea imponer el presidente CHÁVEZ. Así, según la exposición de motivos del mencionado proyecto de ley, esta norma que reemplazaría la *Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia* vigente desde enero de 1992, debe ser discutida por la Asamblea para profundizar el proceso revolucionario bolivariano. Lo anterior, para darle el marco jurídico a dicho proceso en el ámbito, político, económico y social.

Conforme a la exposición de motivos del proyecto de ley, la promulgación de la misma es necesaria para darle el marco jurídico al

“nuevo modelo económico venezolano (...) debido a que tanto el monopolio como oligopolio atentan contra el propósito de la revolución bolivariana, de los mecanismos externos e internos de dependencia que impiden de la independencia económica y una verdadera soberanía nacional”.

Puede decirse, con base en la experiencia venezolana, que en los países en los cuales los gobiernos de izquierda se han consolidado, las

---

173 Según el Banco Mundial en la década de los noventa Latinoamérica creció apenas en un promedio de 1.5% y en el año 2001 128 millones de personas vivían con menos dos dólares al día. Información consultada el 25 de agosto de 2005 en: <http://ddp-ext.worldbank.org/ext/MDG/regions.do>

políticas de competencia pueden presentar importantes cambios. Además de la reforma de la normativa, seguramente también variará la manera en que las autoridades de la competencia la aplicarán. Lo anterior indica que en los próximos años se avocinan importantes debates sobre el *rol* de las normas de libre competencia en Latinoamérica y el Caribe, sobre su finalidad en relación con el modelo económico aplicado por los países de la región y la forma en que las autoridades aplicarán el derecho de la competencia.

## 2.2. LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Según el profesor IGNACIO DE LEÓN, la *política de competencia* comprende las iniciativas gubernamentales, cuerpo normativo y acciones de gobierno que persiguen los siguientes objetivos:

- “1. Proteger o reforzar el proceso competitivo de los mercados en los que dicho proceso es parcial. (...);
2. Disminuir el poder de las firmas dentro de un mercado, en la medida en que dicho poder contradiga conductas competitivas;
3. Prohibir acuerdos que permitan a los competidores existentes o potenciales asumir conductas anticompetitivas; y
4. Incrementar la eficiencia económica, que en general se revierte en un incremento del bienestar de la sociedad en conjunto”<sup>174</sup>.

La política de competencia, se articula con otras políticas económicas que han procurado el establecimiento de una economía de mercado en Latinoamérica, tales como las políticas que fomentan el comercio exterior y la inversión extranjera<sup>175</sup>.

El derecho de la competencia puede ser definido como:

---

174 DE LEÓN, IGNACIO, ob. cit., págs. 17 y 18.

175 KRAKOWSKI, ob. cit., pág. 7.



“el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público”<sup>176</sup>.

A continuación se describirá las razones por las cuales la teoría económica justifica la expedición de normativas de libre competencia por el Estado.

Como reseñamos anteriormente, los objetivos de las políticas de competencia han sido fuente de debate en su desarrollo en EE.UU. y Europa. Las legislaciones de América Latina establecen un listado de objetivos que persigue su normativa, que generalmente incluye la eficiencia, el bienestar del consumidor, la equidad, la competencia en sí misma y el progreso técnico<sup>177</sup>. Los objetivos mencionados se relacionan de tal forma que se puede afirmar que la finalidad última de las normas de libre competencia es el beneficio del consumidor. En efecto, se espera que la aplicación activa de la política de competencia permitirá a los consumidores acceder a una mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio. Hasta parecen promesas salidas de una campaña política, pero es solamente la realidad de un mercado en competencia.

Así, el funcionamiento del mercado requiere la garantía por parte del Estado de varios derechos tales como el derecho de propiedad, derecho de libre empresa, libertad para escoger profesión, libertad de asociación y libertad de competencia económica, entre otros. Esta libertad de competencia económica se debe entender como:

“la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela”<sup>178</sup>.

---

176 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia”, en *Revista de Derecho Económico*, n° 9. 1989, Librería del Profesional, págs. 52–70.

177 *Ibidem*, pág.22.

178 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, *CEDEC*, colección Seminarios 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, 2ª edición, Bogotá, 1997, pág. 22.

Sin embargo, esta libertad de competencia puede ser restringida tanto por el Estado como por los particulares. El Estado la puede restringir de varias formas, por ejemplo, mediante regulaciones sectoriales, monopolios estatales y derechos de propiedad industrial. En las legislaciones de Latinoamérica, este tipo de restricciones no contravienen las normas de competencia, se consideran legítimas por su protección a bienes jurídicos de interés general. Para algunos economistas, una aplicación errónea de las normas libre competencia también puede ser contraproducente.

Los agentes del mercado también pueden restringir la competencia de tres maneras: mediante el abuso de la posición dominante, las prácticas restrictivas y la competencia desleal. Éstas, a diferencia de las acciones del Estado, infringen las normas antimonopolio.

Según los profesores SAMUELSON y NORDHAUS, el Estado tiene tres funciones respecto a la economía: fomentar la eficiencia y el crecimiento<sup>179</sup>, la estabilidad macroeconómica y la equidad<sup>180</sup>. Según la teoría económica convencional, para fomentar la eficiencia el Estado debe corregir las denominadas *fallas del mercado* que se presentan con frecuencia en la economía, en este caso las prácticas restrictivas y desleales. Según PHILIPPE BRUSICK, usualmente son los países menos desarrollados los que presentan más *fallas* en comparación a los países industrializados<sup>181</sup>.

---

179 “En sentido general, la literatura especialmente ligada al análisis económico del derecho, ha planteado que los sistemas legales cumplen cuatro funciones básicas con efectos en el crecimiento económico. En primer lugar, definen y protegen los derechos de propiedad privada. En segundo plano, establecen los marcos que rigen el intercambio de estos derechos tanto entre los agentes privados como entre éstos y el Estado. Complementariamente desarrollan las normas previstas para el ingreso y existencia en el mercado y finalmente promueven la competencia y regulan el comportamiento en aquellos sectores donde pueden prevalecer los monopolios (CASTELLAR, 1996)”, en BURGOS, GERMÁN, “Sistema judicial y crecimiento económico: ¿dónde están los vínculos?”, *Revista Perspectiva*, n° 2, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2003, págs. 36–39.

180 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., pág. 49.

181 BRUSICK, PHILIPPE, “Mundialización: fomentar la competencia o crear monopolios?”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 11, 2000, Unión Europea, pág. 75.

No obstante, las condiciones para que un mercado sea *perfecto* son muy estrictas y por esto se ha dicho que esta forma de mercado tan sólo existe en la teoría<sup>182</sup>. Según la teoría económica convencional para que un mercado sea *perfecto* éste debe cumplir los siguientes presupuestos:

- a) Un número plural de oferentes “*motivados por su interés personal y que actúan para maximizar su utilidad*”<sup>183</sup>.
- b) Un número plural de compradores que también están motivados por el interés personal y que actúan para maximizar su utilidad.
- c) Los vendedores sólo pueden reaccionar pasivamente ante un precio determinado por el mercado.
- d) Los bienes ofrecidos son homogéneos o estándar.
- e) Tanto compradores como vendedores tienen información completa sobre los precios los productos y las transacciones.
- f) No hay barreras de entrada ni de salida en el mercado para los consumidores y productores.
- g) “[L]os recursos se sujetan a un régimen de propiedad privada cuyos derechos estén claramente definidos y asignados”<sup>184</sup>.

---

182 Las teorías de la formación de precios desarrolladas por la teoría económica convencional y en general la doctrina del mercado *puro y perfecto* o de *competencia perfecta* han sido criticadas especialmente por la escuela austriaca de economía que las considera incompatibles con el concepto de *competencia*. Se critican las consecuencias negativas, en términos de decisiones injustificadas por parte de las autoridades, que adoptan un modelo *ideal* que nunca se ha materializado en la realidad, como es el mercado de competencia perfecta, para juzgar conductas del mundo real. Se recomienda la lectura del siguiente artículo que ilustra esta crítica: REISMAN, GEORGE, “*Platonic Competition*”, consultado el 20 de diciembre de 2005 en: <http://www.mises.org/story/1988>

183 MERCURO, NICHOLAS y MEDEMA, STEVEN G., *Economics and the law. From Posner to Post – Modernism*, Princeton University Press, USA, 1997, pág. 13.

184 *Ibidem*, pág. 14.

- h) Hay un sistema judicial que hace cumplir la ley, los contratos y especialmente los derechos de propiedad.
- D) Ningún vendedor es suficientemente grande para afectar el precio mediante el incremento o el decrecimiento de su producción, es decir, los agentes económicos son simples *tomadores de precios* o *precio – aceptantes*<sup>185</sup>.

Es resumen, en un mercado *perfecto*, según los economistas SAMUELSON y NORDHAUS,

“ninguna empresa o consumidor es suficientemente grande para influir en el precio de mercado”<sup>186</sup>.

Cuando alguna de las condiciones descritas está ausente o cuando algún agente del mercado puede influir en el precio del mercado, el mercado será *imperfecto*. El problema del mercado *imperfecto* es que los precios para el consumidor son mayores y la producción menor. Las empresas se benefician de esta situación en detrimento de los consumidores, es decir, de toda la sociedad.

“Cuando las empresas tienen poder de mercado, pueden subir los precios por encima del nivel competitivo en el que el precio es igual al costo marginal. Estos elevados precios reducen el nivel de producción por debajo de los niveles eficientes y generan elevados beneficios a las empresas”<sup>187</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, las conductas jurídicamente relevantes para el derecho de la competencia que son aquellas

“que tienen influencia directa en la estructura del mercado en una forma diferente a como ocurriría en condiciones de libre competencia”<sup>188</sup>.

185 Cfr. HARRISON, JEFFERY, *Law and Economics*, West Group, USA, 2000, pág. 21. MERCURO, NICHOLAS y MEDEMA, STEVEN G., *Economics and the Law. From Posner to Post – Modernism*, Princeton University Press, USA, 1997, págs. 13-14.

186 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., pág. 48.

187 *Ibidem*, pág. 409.

188 DE LEÓN, IGNACIO., ob. cit., pág. 17.

No obstante, según SAMUELSON y NORDHAUS,

“[e]n todas las economías de mercado, la mayoría de las industrias tienen algunos elementos significativos de la competencia imperfecta”<sup>189</sup>.

Esta conclusión, señala una paradoja: en la medida en que todos los mercados tengan algún grado de *imperfección* en teoría el Estado siempre estaría legitimado para intervenir en dicho mercado por medio de las leyes de libre competencia. Esta situación es uno de los argumentos de la escuela austriaca de economía para criticar la aplicación de legislación de competencia.

También existen razones no económicas que hacen indeseable una estructura económica monopolística. Entre otras, la concentración excesiva de la riqueza, la concentración de las decisiones económicas en el país en pocas personas y la gran influencia política que puede derivar en corrupción<sup>190</sup>.

El profesor IGNACIO DE LEÓN, explica la necesidad de una política de competencia en América Latina en los siguientes términos:

“La necesidad de una política de competencia es evidente en el contexto de los objetivos de política pública asociados con el mercado, como eje rector del proceso de creación y asignación de riqueza de una economía. En concreto, dicha política busca establecer los instrumentos necesarios para generar las condiciones institucionales y de entorno necesarias a fin de inducir los cambios de conducta empresarial requeridos para hacer la adaptación a la economía de mercado fluida, no traumática, y capaz de ofrecer a los países que por vez primera apuestan a ella una oportunidad real de construir capacidades empresariales capaces de triunfar en el contexto de la globalización”<sup>191</sup>.

Otra justificación para la ejecución de una legislación de competencia es la escalada de integraciones que se ha dado en la economía mundial desde la década de los noventa<sup>192</sup>. En el caso de Latinoamérica, éstas

---

189 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., pág. 196.

190 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia”, en *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, Librería del Profesional, pág. 60.

191 *Ibidem*. Bastardilla fuera de texto.

192 SINGH, AJIT y DHUMALE, RAÚL, ob. cit., pág. 3.

se han dado en gran medida como una estrategia defensiva de las empresas frente a la intensa competencia internacional que deben enfrentar<sup>193</sup>.

Las fusiones y las adquisiciones son mecanismos para reorganizar y reestructurar el mercado, con efectos positivos o negativos sobre el bienestar de la comunidad. Serán positivos cuando crean sinergias y economías a escala que mejoran la eficiencia, reducen costos de producción y dichos beneficios se trasladan a los consumidores. Serán negativos, cuando la restricción de la competencia generada por la operación sea mayor que los beneficios que podría generar, especialmente si las empresas posteriormente abusan de la posición de dominio en el mercado que es generada por la integración.

No sobra advertir, que no todas las integraciones crean una posición dominante en el mercado y que no en todos los países se sanciona la adquisición de la posición dominante *per se*.

Hasta aquí la reflexión sobre los objetivos del derecho de la competencia, sin embargo, el aspecto más importante sobre la necesidad de que un país cuente con esta normativa, los beneficios de la competencia frente a los mercados monopólicos, será estudiado detalladamente en el siguiente capítulo de este documento.

### CAPÍTULO 3

#### LOS MERCADOS COMPETITIVOS Y LOS MERCADOS MONOPÓLICOS

El derecho y la economía pocas veces se encuentran tan interrelacionados, como en el estudio del derecho de la competencia. En ese sentido, es importante retomar los conceptos económicos que consideramos fundamentales para la comprensión y análisis de los elementos jurídicos del derecho de la competencia, sin pretender, claro está, agotar la materia.

El derecho de la competencia se apoya de manera fundamental en aquella parte de la microeconomía que se denomina *teoría del precio*,

---

193 *Ibidem*, pág. 4.

que es la parte de la economía dedicada al estudio de las decisiones de los individuos<sup>194</sup>, los mercados individuales y de cómo los bienes finales son producidos y los recursos asignados dentro de esos mercados.

### 3.1. DESEOS ILIMITADOS Y RECURSOS LIMITADOS

Uno de los puntos fundamentales de la teoría económica es la suposición de que cada individuo en la sociedad, lucha por maximizar sus beneficios. El consumidor busca adquirir bienes y servicios para satisfacer sus necesidades o en procura de placer. El grado de satisfacción que un bien o servicio le reporta al individuo está representado por la *utilidad* que le genera. Todo ser humano busca obtener una utilidad máxima. Es importante precisar que la utilidad que un bien le produce a un individuo no se puede medir o calcular en forma exacta, pues se trata de un concepto ordinal —por oposición a cardinal— que se puede clasificar (jerarquizar en orden de preferencia)<sup>195</sup>.

En términos de los profesores SAMUELSON y NORDHAUS,

“[I]o que importa en la teoría moderna de la demanda es si un consumidor prefiere determinadas cestas de mercancías a otras...”.

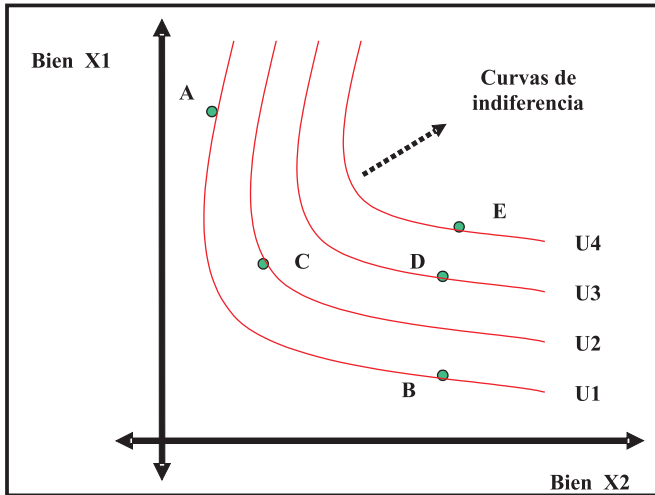
Las preferencias de un individuo entre dos bienes se puede representar mediante las denominadas curvas de indiferencia, que se exponen en la siguiente gráfica.

---

194 No obstante, es importante resaltar que en la medida en que el ser humano no se encuentra aislado, la sumatoria de las decisiones individuales tomadas por los agentes económicos tiene efectos sobre la economía. De esta forma, así como existen costos de oportunidad individuales, las decisiones de los individuos también implicarán costos sociales.

195 Véanse SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., “*Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 105.

## GRÁFICA 1

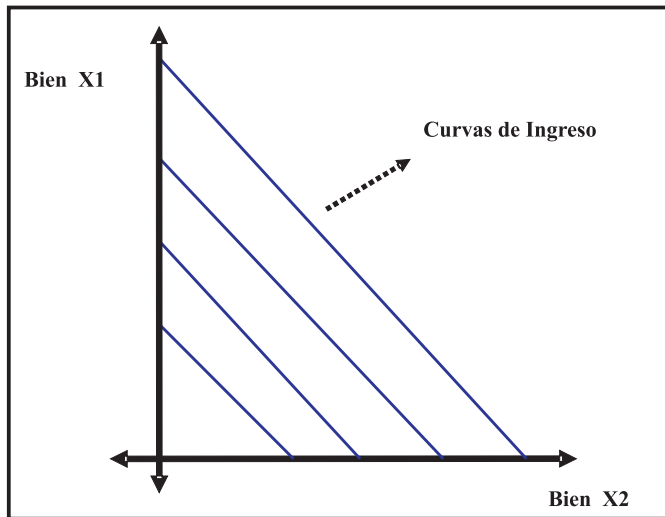


La gráfica 1 representa el mapa de curvas de indiferencia de un individuo respecto de dos bienes (X1 y X2). En la medida en que los deseos de un individuo son ilimitados, las curvas de indiferencia pueden proyectarse indefinidamente, pero para efectos prácticos, en la gráfica 1 sólo se representan cuatro curvas (U1, U2, U3 y U4). Para el agente será indiferente que la cantidad de X1 y X2 corresponda al punto A o al punto B, pues las dos combinaciones de cantidades de bienes están sobre la misma curva de indiferencia U1 y por tanto le generarán exactamente la misma utilidad. A medida que las siguientes curvas se alejan del origen, el individuo podrá obtener una mayor cantidad de bienes X1 y X2, y por tanto preferirá ubicarse en el punto C de la curva U2 que en cualquier otro punto de la curva U1. Lo mismo ocurrirá con los puntos ubicados en las curvas subsiguientes.

Sin embargo, mientras las necesidades o los deseos del consumidor son ilimitados, los recursos con los que cuenta el individuo son limitados. Así, la denominada *restricción presupuestaria*, que consiste en la limitación de los recursos que tiene un agente determinado para comprar un determinado bien, obliga al individuo a priorizar su consumo. La restricción presupuestaria se traduce en las curvas de ingreso de los consumidores que se representan en la siguiente gráfica.



GRÁFICA 2

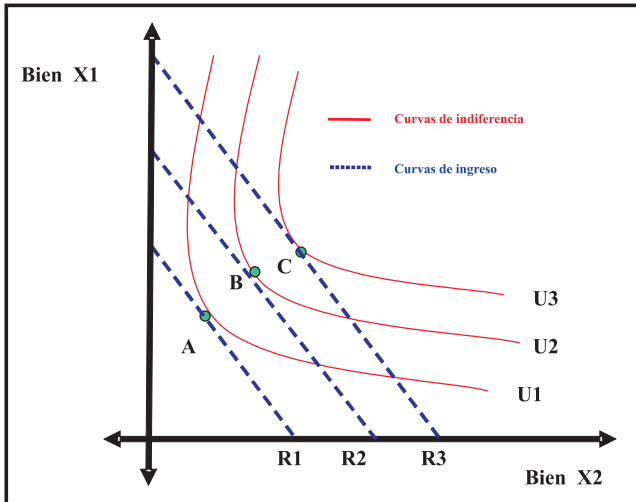


Cada una de las rectas graficadas representa una curva de ingreso. En la gráfica 2 se representa en cada una de las rectas la combinación de bienes X1 y X2 que podría adquirir un individuo con un ingreso fijo. A medida que la recta se desplaza a la derecha, el individuo tendrá una mayor capacidad adquisitiva y por tanto podrá adquirir una mayor cantidad de bienes X1 y X2.

La combinación de las curvas de indiferencia (el deseo del individuo) con su curva de ingreso (su capacidad) *determinan el denominado equilibrio del consumidor*<sup>196</sup>. Éste es representado en la siguiente gráfica.

196 Véanse SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 123.

GRÁFICA 3



El punto A es el punto de tangencia entre la curva de ingreso R1 y la curva de indiferencia U1. Este punto es la *posición de equilibrio de tangencia*, en la cual el individuo logra el portafolio óptimo de bienes con los cuales puede satisfacer de la mejor manera sus necesidades dentro del rango de ingreso en el cual se encuentra. En este punto se maximiza el beneficio del consumidor en la utilización de los bienes analizados dentro de su respectivo rango de ingreso. Los puntos B y C son respectivamente los puntos de tangencia de la curva de indiferencia U2 y la recta R2 y de la curva de indiferencia U3 y la recta R3 respectivamente.

### 3.2. EL EXCEDENTE DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO COMPETITIVO

En atención a lo explicado a través de las gráficas 1, 2 y 3, resulta lógico pensar que los consumidores al comprar bienes o servicios tratarán de obtener la máxima satisfacción al precio más bajo, dependiendo de su rango de ingresos.

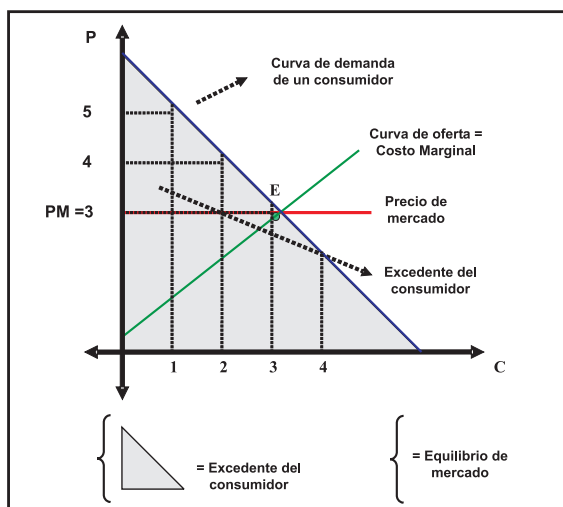
Por su parte, los productores también tratarán de maximizar sus beneficios. Para tal efecto, los productores procurarán disminuir su

estructura de costos, por ejemplo, mediante nueva tecnología, menor uso de insumos, o menor precio de los insumos. En resumen, mediante el aumento de su eficiencia.

Asimismo, los productores querrán vender sus productos al mayor precio posible. No obstante, la cantidad que podrán producir y el precio al cual podrán vender sus productos estará determinado por la cantidad demandada y por los precios que determine el mercado. Lo anterior ocurrirá siempre que los productores sean *tomadores de precios*, es decir, que su poder dentro en el mercado no sea suficiente para influir sobre el precio y demás condiciones del mercado. Así, en un mercado en el cual los oferentes y los demandantes son *tomadores de precios*, la disposición a pagar de un consumidor —dada por el valor o utilidad que el consumidor le asigna a determinada cantidad de un bien— puede ser diferente del precio que efectivamente fije el mercado. Cuando la disposición a pagar del consumidor es mayor al precio fijado por el mercado, la diferencia entre uno y otro representará el *excedente del consumidor*.

El excedente de un consumidor es representado en la siguiente gráfica y equivale al área sombreada, que está por debajo de la curva de demanda del consumidor y por encima del precio de mercado.

GRÁFICA 4



En la gráfica 4, se observa cómo cuando el consumidor desea adquirir una unidad del bien, estaría dispuesto a pagar por ella 5 unidades monetarias (en adelante u.m.), pero solamente tendrá que pagar 3 u.m. en la medida en que el precio fijado por el mercado es de 3 u.m. Por tanto, el consumidor obtiene un excedente de 2 u.m. Si el consumidor desea consumir dos unidades del bien, estará dispuesto a pagar 4 u.m. por cada unidad del bien<sup>197</sup>, pero sólo tendrá que pagar 3 u.m., obteniendo un excedente de 1 u.m. El anterior análisis puede hacerse sucesivamente hasta que la disposición de pagar del consumidor equivale al precio de mercado y no se produce ningún excedente.

La totalidad del excedente del consumidor está representado en la gráfica 4 por el triángulo formado por el eje *y*, la curva de demanda y el precio del mercado.

### 3.3. EL EXCEDENTE DEL PRODUCTOR EN EL MERCADO COMPETITIVO

El análisis que se ha realizado para ilustrar la situación del consumidor, puede hacerse de manera similar para el productor, con el fin de encontrar su excedente, que corresponde a la diferencia entre:

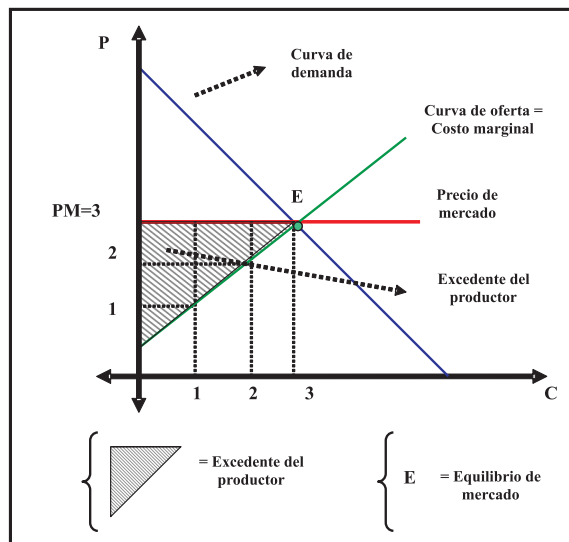
“el ingreso que reciben los productores y sus costos de producción”<sup>198</sup>.

El *excedente del productor* puede representarse mediante la siguiente gráfica:

197 En virtud de la ley de la utilidad marginal decreciente, la primeras unidades consumidas generan una mayor utilidad que el consumo de las siguientes unidades. De acuerdo con SAMUELSON y NORDHAUS, “disfrutamos de un excedente del consumidor esencialmente porque pagamos la misma cantidad por cada una de las unidades que compramos desde la primera hasta la última. Pagamos el mismo precio por cada huevo o vaso de agua, por lo que por cada unidad pagamos lo que vale la última. Sin embargo, según nuestra ley fundamental de la utilidad marginal decreciente, las primeras unidades nos resultan más valiosas que las últimas, por lo que en cada una de las primeras obtenemos un excedente”. SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 113.

198 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España: 1993, pág. 182.

GRÁFICA 5



En la gráfica 5, se muestra cómo cuando el productor produce una unidad del bien, estaría dispuesto a venderlo en 1 u.m. (que equivale a su costo marginal<sup>199</sup>) pero el precio de mercado de ese bien es de 3 u.m. Por tanto, el productor obtiene un excedente de 2 u.m.

Si el productor produce dos unidades del bien, estará dispuesto a vender cada unidad en 2 u.m.<sup>200</sup>, pero el precio de mercado es de 3

199 El costo marginal de un productor equivale al costo adicional que se genera al producir una unidad adicional del bien.

200 En virtud de la ley de rendimientos decrecientes, a medida que se incrementa en una unidad el insumo utilizado para producir —manteniendo todo lo demás constante— la cantidad adicional que se obtiene con el cambio en el insumo es menor. De acuerdo con SAMUELSON y NORDHAUS, “El fenómeno del producto marginal decreciente es exactamente igual que la ley de los rendimientos decrecientes (...) Según la ley de los rendimientos decrecientes, el producto marginal de cada unidad del factor disminuye a medida que aumenta la cantidad de ese factor, manteniéndose todo lo demás constante. (...) Los rendimientos decrecientes se comprenden fácilmente con el ejemplo del agua. Las primeras unidades son esenciales para la vida de las plantas; las siguientes permiten que crezcan sanas y sean vigorosas; pero a medida que se añaden más, el suelo se encharca y, de hecho, puede llegar a perderse la mayor parte de la cosecha”, SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 133.

u.m, luego obtendrá un excedente de 1 u.m. El anterior análisis puede hacerse sucesivamente hasta que los costos marginales del productor sean iguales al precio de mercado y no se produzca ningún excedente.

La totalidad del excedente del productor está representado en la gráfica 5 por el triángulo formado por el *eje y*, la curva de oferta y el precio del mercado.

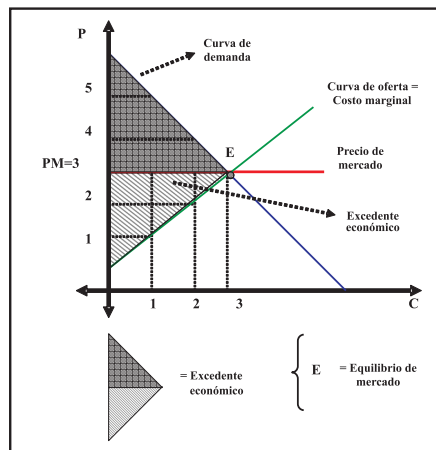
### 3.4. EL EXCEDENTE ECONÓMICO Y LA EFICIENCIA EN EL MERCADO COMPETITIVO

De la combinación de los conceptos de excedente del consumidor y de excedente del productor resulta el llamado *excedente económico*. De acuerdo con SAMUELSON y NORDHAUS,

“el total del excedente del productor y el excedente del consumidor se conoce con el nombre de excedente económico, que indica la utilidad o satisfacción que genera una economía una vez deducidos los costos de producción”<sup>201</sup>.

El excedente económico puede representarse mediante la siguiente gráfica:

GRÁFICA 6



201 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 182.

El concepto de excedente económico está relacionado directamente con el de eficiencia. De acuerdo con SAMUELSON y NORDHAUS,

“una economía es eficiente si está organizada para proporcionar a los consumidores la mayor combinación posible de bienes, dados los recursos y la tecnología de la economía...”<sup>202</sup>.

Por tanto, una economía eficiente es aquella que genera el mayor grado de excedente económico, generando una alta satisfacción de los consumidores al precio más bajo posible. Así, según SAMUELSON y NORDHAUS,

“[p]ara que la asignación sea eficiente, debe extraerse del trabajo, la tierra y demás recursos la mayor cantidad posible de excedente económico”<sup>203</sup>.

### 3.5. LOS MERCADOS IMPERFECTOS

Como se advirtió en el punto 2.1 de este documento, en una economía de mercado la mayoría de las decisiones de producción y consumo son realizadas por cada individuo, ya sea productor o consumidor, en procura su propio interés y para satisfacer sus propias necesidades. En ese sentido, para algunos economistas, los intereses de los consumidores no se contraponen a los intereses de los productores, sino que por el contrario, ambos agentes económicos comparten el mismo interés.

Lo anterior se explica mediante el siguiente razonamiento: los dos agentes económicos quieren maximizar sus beneficios: el consumidor desea consumir la mayor cantidad de bienes al menor precio posible y el productor querrá obtener el mayor beneficio al menor costo posible. Cuando el mercado es competitivo, el productor es disciplinado por el mercado en el sentido en que no podrá imponer el precio que desee sino que deberá ajustarse al precio que determine el mercado. Así, el productor se verá incentivado para tratar obtener el mayor beneficio

---

202 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 180.

203 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 182.

mediante la disminución de sus costos que le permitan vender a un menor precio, mediante la mejora de la calidad o presentación de sus bienes o mediante la innovación. Esta conducta, que se reduce al deseo ser más competitivo, beneficiará al consumidor que recibirá bienes novedosos, de mejor calidad y a un mejor precio.

Sin embargo, como se advirtió en el capítulo 2 de este documento, de acuerdo con la teoría económica convencional, sólo en los mercados perfectamente competitivos el precio es fijado exclusivamente por la ley de la oferta y la demanda y no es influenciado por ningún agente económico. No obstante, como se anotó anteriormente, los presupuestos para que un mercado sea perfectamente competitivo son demasiado estrictos. Es muy difícil encontrar ejemplos prácticos del modelo de competencia perfecta. Muy por el contrario, la mayoría de los mercados presenta algún tipo de imperfección.

Según la doctrina económica convencional, aquellos mercados que presentan algún tipo de imperfección, los mercados imperfectos, pueden clasificarse en los siguientes tipos:

- El monopolio.
- La competencia monopolística.
- El duopolio.
- El oligopolio.
- El monopsonio.

No siendo este el espacio para profundizar sobre las características de cada una de estas estructuras de mercado, es necesario precisar que en todas ellas algún agente o agentes tendrán influencia en el precio del bien o en otras condiciones del mercado. No obstante, como lo explican SAMUELSON y NORDHAUS, el hecho de que una empresa pueda influir significativamente en el precio de un bien, no quiere decir que la *“empresa tenga el control absoluto del precio de su producto”*<sup>204</sup>.

---

204 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 197.



De acuerdo con la teoría económica convencional en las cuatro primeras formas de mercado imperfecto antes mencionadas, el productor no es *tomador de precios* y por tanto su conducta no se verá disciplinada por el mercado. Así, el productor podrá producir una cantidad menor a la que se vería obligado a producir en un mercado competitivo y a ofrecer sus bienes a un precio superior al que se presentaría si tuviera la presión de la competencia. Es evidente que los intereses del consumidor y el productor en este escenario no convergen, como podría ocurrir en un mercado competitivo.

A continuación se analizarán en detalle las características de un mercado monopolístico y las conductas que el monopolista podrá adoptar en virtud de su poder. Las consecuencias del monopolio serán estudiadas a la luz de los conceptos de excedente del consumidor, excedente del productor y excedente económico analizados previamente.

### 3.5.1. EL MONOPOLIO

En una situación de monopolio, por definición, solamente existe un productor del bien en cuestión y para efectos de análisis se supone que no existen posibilidades de que aparezcan competidores en el mercado. A continuación se presenta una tabla comparativa entre las características del mercado de competencia perfecta y el monopolio.

TABLA 1

CARACTERÍSTICA	MERCADO PERFECTAMENTE COMPETITIVO	MERCADO MONOPÓLICO
<i>Influencia en el precio</i>	Productor es tomador de precio, no tiene capacidad de injerencia sobre el mismo.	El monopolista tiene un gran poder para determinar el precio.
<i>Número de vendedores</i>	La teoría convencional hace referencia a <i>muchos vendedores</i> , pero no determina qué se entiende por <i>muchos</i> .	Un solo vendedor.

(continúa)

*(continuación)*

CARACTERÍSTICA	MERCADO PERFECTAMENTE COMPETITIVO	MERCADO MONOPÓLICO
<i>Concentración del mercado</i>	No hay concentración, el mercado se encuentra completamente atomizado.	El mercado está concentrado al 100%.
<i>Homogeneidad del bien</i>	Bienes completamente homogéneos, lo cual no sólo implica que sean idénticos, sino que en su producción debe usarse los mismos insumos al mismo costo.	Bienes diferenciados.
<i>Simetría de la información</i>	Información que poseen los agentes es simétrica.	Información que poseen los agentes asimétrica.
<i>Entrada y salida del mercado</i>	No hay restricciones para la entrada y la salida de productores.	Hay fuertes barreras —económicas o legales— tanto para la entrada como para la salida de productores.
<i>Elasticidad de la demanda del bien</i>	La demanda es elástica, existen diversos bienes sustitutos.	La demanda es inelástica, no existen bienes sustitutos, ni si quiera cercanos.

La influencia del monopolista sobre el precio y demás condiciones de un mercado evidentemente afecta la formación del precio de un bien. El precio no estará determinado por la cantidad del bien que los productores están en capacidad y desean ofrecer y la cantidad del bien que los consumidores están en capacidad y desean adquirir, como ocurriría en un mercado perfectamente competitivo.

El monopolista, en aras de maximizar sus beneficios buscará obtener una parte del excedente del consumidor. Lo anterior podrá lograrlo mediante dos mecanismos: la discriminación de precio y la imposición de un precio monopolístico. A continuación se analizará la forma como el monopolista fija el precio del bien y la forma en que el monopolista

puede discriminar vía precios, y se presentarán las consecuencias económicas de dichas conductas.

### 3.5.2. EL PRECIO MONOPOLÍSTICO<sup>205</sup>

Aunque la situación del monopolista es privilegiada en cuanto a su posibilidad de influir sobre los precios, debe considerarse que no le es posible tampoco elevarlos en forma indefinida, pues existe el límite del nivel de ingreso de los consumidores. A pesar de lo anterior, el monopolista puede aumentar el precio de su producto a un nivel sustancialmente mayor del que podría exigir en condiciones de competencia perfecta, sin perder un volumen de ventas tan grande que haga que el aumento de precio arroje pérdidas.

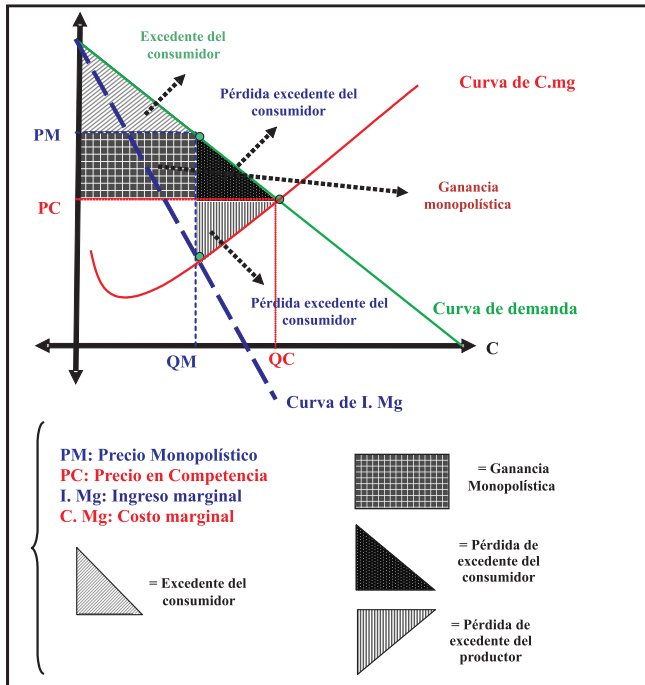
Supongamos que el monopolista desea maximizar sus ganancias y que le cobra el mismo precio a todos los consumidores. Como el monopolista es el único que produce el bien en cuestión, la curva de demanda del mercado es también la curva de demanda del monopolista. A diferencia de la curva de demanda del mercado perfectamente competitivo, la curva de demanda en el mercado monopolístico no es elástica.

El monopolista debe entonces decidir cuánto quiere producir y cuál es el precio que le piensa cobrar a los consumidores. El precio que fija el monopolista y su relación con el precio que fijaría una empresa en un mercado competitivo se encuentra ilustrado en la siguiente gráfica.

---

205 Para una explicación económica circunscrita a la formación del precio en el mercado monopolístico véase MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia, en *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, Librería del Profesional, págs. 52–70.

## GRÁFICA 7



La curva del “costo marginal” (C. Mg.), representa el costo adicional en que el productor incurre por producir una unidad adicional del mismo bien. Esta curva es la curva de oferta de la empresa. Si la empresa operara en condiciones de competencia el precio del bien se encontraría en el punto en que la oferta de la empresa se cruza con la demanda del bien.

Por otra parte, la curva del “ingreso marginal” (I. Mg.) representa el ingreso que el productor recibe por vender cada unidad adicional del bien en cuestión.

En estas condiciones, el monopolista debe determinar la cantidad del bien que planea producir con el objeto de maximizar sus beneficios. Volviendo sobre la gráfica 7 vemos que si el monopolista decide producir una unidad más del bien que la cantidad QC, cada nueva unidad que produzca será vendida a pérdida, ya que el costo marginal excede al

ingreso marginal hacia la derecha del punto QC. En la misma forma, si el monopolista decide producir una unidad menos del bien que la cantidad QM, el monopolista estaría perdiendo la oportunidad de obtener una ganancia porque a la izquierda del punto QM el ingreso marginal es mayor que el costo marginal. El monopolista por tanto, tenderá a producir la cantidad QM, ya que en ese punto su ingreso marginal se iguala a su costo marginal, y por tanto sus beneficios se maximizan. Es importante anotar que el precio PM no es está dado por el punto donde se cruzan el C. Mg. y el I. Mg. El punto que representa el PM se determina proyectando el punto en que se intersecta el C. Mg. y el I. Mg. a la altura de la curva de la demanda.

Así, las consecuencias negativas que representa la conducta del monopolista para la sociedad consisten en que éste reducirá su producción a una cantidad inferior a la que los demandantes desean y pueden adquirir y elevará el precio a un nivel superior al que se produciría si estuviera un mercado competitivo. En palabras de SAMUELSON y NORDHAUS, el monopolista produce una cantidad escasa del bien y

“eleva su precio con respecto al costo marginal, por lo que la sociedad no obtiene del monopolista toda la cantidad de bien desde el punto de vista de su costo marginal y de la valoración marginal de los consumidores”<sup>206</sup>.

Como se puede ver la gráfica 7 el excedente del consumidor se ve disminuido sustancialmente por el la conducta del monopolista. Mientras en competencia perfecta, el excedente del consumidor equivaldría al triángulo formado por el *eje y*, la curva de demanda y el precio de mercado (Po), en el mercado monopólico el excedente del consumidor equivale al triángulo formado por el *eje y*, la curva de demanda y el precio de monopolístico (PM). Por su parte el ingreso del monopolista se vería aumentado por la apropiación de parte del excedente del consumidor. Las *ganancias monopolísticas o transferencias* están representadas por el rectángulo de área  $(PM - Po) \times (QM - 0)$ , es decir,

---

206 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 230.

la diferencia del valor entre el precio competitivo y el precio monopólico por la cantidad producida por el monopolio. Esas ganancias continuarán estables puesto que no existe la posibilidad de que otras firmas entren al mercado.

Es importante anotar que no todo el excedente del consumidor es apropiado por el monopolista, pues parte de ese excedente se desperdicia. De igual forma, en la medida en que el productor produce menos, parte de su excedente también se desperdicia. La sumatoria de estos desperdicios se denomina *pérdida irrecuperable de eficiencia o despilfarro económico* que demuestra la ineficiencia del monopolio, en la medida en que se disminuye el comercio y la producción. En síntesis, lo anterior es explicado por el profesor JACK HIRSHLEIFER y por el profesor AMIHAI GLAZER en los siguientes términos:

“el monopolista genera una pérdida de eficiencia debido a que se reduce el volumen de la producción y el intercambio, medido por el excedente del consumidor y el excedente del productor a partir de las unidades del bien que ya no se producen. (...) En general, los consumidores pierden tanto la transferencia como la pérdida de eficiencia. La empresa monopolista por otra parte, obtiene la transferencia, pero también presenta una pérdida de eficiencia”<sup>207</sup>.

Es importante aclarar que el monopolista, como productor, no necesariamente es ineficiente, en la medida en que podrá tener una estructura de costos baja y producir una gran cantidad del bien a un bajo costo. La ineficiencia en este caso es de tipo social, pues no sólo implica el monopolio una redistribución de la riqueza (parte del excedente del consumidor es apropiado por el monopolista) sino que, como se dijo anteriormente, también hay una pérdida del excedente tanto del consumidor como del productor.

El proceso de toma de decisiones del monopolista respecto al nivel de producción y al precio del bien en cuestión, puede resumirse en la siguiente forma:

---

207 HIRSHLEIFER, JACK y GLAZER, AMIHAI, *Microeconomía, teoría y aplicaciones*, Prentice Hall, 5ª edición, México, 1994, pág. 249.

- a. Los consumidores compran aquellos productos que satisfacen sus necesidades y responden a sus preferencias personales.
- b. Las preferencias de los consumidores resultan reveladas al mercado por los volúmenes de compra actuales de los productos.
- c. Cuanto más inclinada sea la curva de la demanda del monopolista, mayor será su influencia sobre el precio del mercado. El precio del mercado puede ser aumentado por el monopolista, reduciendo la cantidad de producción del bien en cuestión.
- d. El monopolista escogerá un nivel de producción en el cual su ingreso marginal sea igual a su costo marginal, con el objeto de maximizar sus beneficios.
- e. Los beneficios se mantendrán a niveles más altos que los que el productor tendría en una situación de competencia, ya que la entrada al mercado se encuentra restringida.
- f. El resultado de estas circunstancias es que el bien en cuestión será ofrecido a unos precios superiores a sus costos de producción, y lo que es peor, más altos que los precios que se tendrían si hubiera competencia.

Los efectos aquí brevemente descritos, son los mismos que se producen cuando los competidores forman un cartel con el objeto de fijar los niveles de producción o de precios.

### 3.5.3. DISCRIMINACIÓN DEL MONOPOLIO

#### *3.5.3.1. Aspectos generales*

Mediante la discriminación de precios—y otras condiciones de venta— el monopolista buscará apropiarse de una parte del excedente del consumidor. En la medida en que el monopolista posee mayor información que el consumidor y conoce su disposición a pagar por el bien en

cuestión, está en capacidad de fijar un precio diferente para cada persona e incluso un precio diferente dependiendo de la cantidad del bien que solicite el consumidor.

Así el monopolista le cobrará un mayor precio a la persona según la disposición a pagar que ésta tenga. Como la información es asimétrica, en teoría, el consumidor no sabe a qué precio le cobra el monopolista a los demás consumidores.

Esta conducta no podría realizarse en un mercado competitivo en la medida en que el precio del bien es fijado por el mercado mismo y si la empresa decidiera discriminar, se vería disciplinada por el mercado. En términos de los profesores JACK HIRSHLEIFER y AMIHAI GLAZER, en condiciones de competencia pura

“[n]ingún consumidor pagaría más del precio competitivo determinado por el mercado y ninguna empresa tendría para vender por menos”<sup>208</sup>.

Pero como el monopolista no enfrenta competencia ni existe en el corto plazo la posibilidad de que potenciales competidores entren al mercado, estará en capacidad de discriminar para apropiarse de una parte del excedente del consumidor. En ese sentido los profesores HIRSHLEIFER y GLAZER explican la discriminación de precios monopólicos en los siguientes términos:

“en ocasiones el monopolista puede discriminar usando listas más complejas de precios. El monopolista puede dividir el mercado y ofrecer distintos precios a compradores diferentes (segmentación del mercado). O, en el caso de un comprador dado cualquiera, la empresa monopólica puede cobrar distintos precios por cantidades diferentes (precios múltiples). En caso extremo, se le puede cobrar un precio diferente a cada consumidor por cada unidad que compre; esto se llama discriminación perfecta de precios”<sup>209</sup>.

El efecto de la posibilidad de discriminación por parte del monopolista será el de una redistribución del ingreso, en donde el monopolista se apropia de parte del excedente del consumidor.

---

208 HIRSHLEIFER, JACK y GLAZER, AMIHAI, ob. cit., pág. 249.

209 HIRSHLEIFER, JACK y GLAZER, AMIHAI, ob. cit., pág. 257.



### 3.5.3.2. *La discriminación como abuso de la posición dominante en Colombia*

En Colombia, el decreto 2153 de 1992 establece dos clases de prohibiciones sobre prácticas discriminatorias: las que resultan de acuerdos y las aplicadas unilateralmente por una empresa que tiene posición dominante en el mercado.

Las disposiciones correspondientes del decreto 2153 de 1992 se transcriben a continuación:

*“Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia.* Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia entre otros, los siguientes acuerdos:

(...).

2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. (...).”

*“Artículo 50. Abuso de posición dominante.* Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

(...).

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

(...).”

Para efectos de este documento nos referiremos exclusivamente a la discriminación como forma de abuso de la posición dominante. No

sobra precisar que el concepto de posición dominante difiere del concepto de monopolio.

De conformidad con el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, la posición de dominio en el mercado se define como:

“[I]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

Así un monopolio siempre tendrá una posición dominante en el mercado pero no todo agente económico que detenta una posición de dominio es un monopolio.

Hecha la anterior precisión, a continuación se analizará la discriminación de una empresa con posición dominante, como conductas anticompetitiva tipificadas por el decreto 2153 de 1992.

Los numerales 2º y 4º del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 consagran dos formas de abuso de posición dominante por medio de prácticas discriminatorias. El primer tipo de abuso de posición dominante ha sido denominado por la doctrina *discriminación vertical o abusos de explotación* y el segundo tipo ha sido denominado por la doctrina *discriminación horizontal o abusos anticompetitivos*.

Como se advirtió anteriormente, para que la conducta de un agente económico pueda ser tipificada como un abuso de posición dominante de conformidad con el artículo 50 del decreto 2153 de 1992, éste debe detentar posición dominante en el mercado relevante en el cual se produce la práctica.

La Corte Constitucional de Colombia, al resolver una acción de tutela<sup>210</sup> por la supuesta vulneración del derecho al trabajo<sup>211</sup>, manifestó sobre el abuso de la posición dominante lo siguiente:

“La ley debe impedir que personas o empresas que detenten una posición dominante en el mercado la exploten de manera abusiva. La posición dominante de una empresa suele definirse como la posibilidad de ejercer un

---

210 El derecho de tutela es conocido en otras jurisdicciones latinoamericanas y en España como *derecho de amparo*.

211 Corte Constitucional, sentencia T-240 de 1993, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

comportamiento independiente respecto de los precios, condiciones de venta, volúmenes de producción y sistemas de distribución de bienes o de servicios dado el control que ella puede ejercer sobre una parte significativa del mercado en razón de la magnitud de sus recursos financieros, tecnológicos o del manejo estratégico de las materias primas y demás factores económicos. *El abuso de la posición dominante —no estrictamente ésta— es la que resulta censurable*” (bastardilla fuera de texto).

Asimismo, conforme a la doctrina de la SIC, un agente económico detenta una posición dominante cuando:

“esté en capacidad de modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable significativa para el mercado relevante, siempre que pueda mantener la modificación perdurablemente, porque la reacción de sus competidores, efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sería suficiente para disuadirlo de realizar tal conducta”<sup>212</sup>.

Así, en al analizar la existencia de abuso de posición dominante en un mercado la SIC determina la definición del mercado relevante en el caso investigado —que incluye un análisis sobre el mercado producto y el mercado geográfico— y valora la posición en el mercado de la empresa denunciada. Esto último lo realiza mediante el análisis de su participación en el mercado, el grado de concentración del mismo, las condiciones de los competidores actuales y los competidores potenciales, la capacidad de reacción de los competidores y de los consumidores, y las diferentes clases de barreras de entrada al mercado, entre otros aspectos.

#### a. Discriminación vertical o abuso de explotación

El tipo de abuso de posición dominante consagrado en el numeral 2º del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 ha sido descrito por la doctrina en los siguientes términos:

“el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima, con una posición de dominio sobre el mercado, decide discriminar en contra de un

---

212 Resolución 4285 de 2002 de la SIC.

comprador o un grupo de compradores que están en la siguiente etapa del proceso de producción o distribución del producto, con lo cual pone a los compradores discriminados en una posición de desventaja frente a sus competidores directos”<sup>213</sup>.

De conformidad con la norma, los elementos que configuran el abuso de explotación son:

- La aplicación de condiciones discriminatorias.
- En operaciones equivalentes.
- Que las condiciones coloquen a un consumidor en situación desventajosa frente a otro consumidor de condiciones análogas.
- Que las condiciones coloquen a un proveedor en situación desventajosa frente a otro proveedor de condiciones análogas.

En cuanto a lo que se debe entender por una *condición discriminatoria* la SIC ha determinado que se trata del trato diferencial que no tiene justificación económica razonable y objetiva. Lo anterior es explicado por la SIC en los siguientes términos:

“Para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues se requiere además, que esa diferencia en el trato esté desprovista de justificaciones razonables. Luego, la base de la discriminación no estriba en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. De modo que, toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el porqué se actúa de una manera frente a una persona y de otro distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia”<sup>214</sup>.

---

213 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado”, en *CEDEC*, 2ª edición, colección Seminarios n° 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2002, pág. 67.

214 Resolución 588 de 2003 de la SIC.

Según la doctrina de la SIC, se entiende por equivalente,

“como una cosa que es igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficiencia”<sup>215</sup>.

En un caso sobre el servicio de transporte aéreo, la SIC precisó lo siguiente:

“Así las cosas y para el caso *sub examine*, se tiene que la operación equivalente es el servicio de transporte aéreo que presta SATENA en cada una de las rutas investigadas, y la posible discriminación habrá de configurarse cuando sin ningún tipo de justificación, en forma arbitraria y caprichosa, se conceda un trato diferencial para operaciones que están en un mismo plano real. En este sentido, se ha advertido que, “El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos.

*Precisando el alcance de estas definiciones en términos de las normas de competencia, encontramos que para que la discriminación se presente, es requisito indispensable que tanto los discriminados como los beneficiados por el trato favorable desarrollen operaciones que puedan ser consideradas como equivalentes.*

En este caso, todas las personas que viajan por SATENA utilizan el mismo servicio de transporte aéreo, a todos los usuarios del servicio les resulta aplicable en la misma medida la previsión contenida en el artículo 981 del Código de Comercio, por cuya virtud se entiende que “el transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario.(...)”

Lo mismo puede decirse del artículo 982 *ibidem* cuando señala que, “el transportador está obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los

---

215 Resolución 4285 de 2002 de la SIC.

reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

“(…).

“2. En el transporte de persona a conducir las sanas y salvas al lugar de destino”.

*Las citadas normas mercantiles no hacen distinción sobre los alcances y efectos de la operación, aluden de manera omnicomprendiva a todas las personas o usuarios, por lo que cualquier utilización del servicio que se realice ha de entenderse como equivalente de otras operaciones que efectúe la misma aerolínea. En este mismo contexto deben entenderse las discriminaciones, como el trato desigual e injustificado que reciba un usuario del servicio respecto a otro de la misma aerolínea”<sup>216</sup> (bastardilla fuera de texto).*

Finalmente, para analizar el último presupuesto, que las condiciones “coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas”,

hay que definir previamente dos conceptos: situación desventajosa y condiciones análogas. Respecto de las condiciones análogas, la SIC ha establecido que se trata de una relación de semejanza entre dos cosas, situaciones o personas<sup>217</sup>.

Respecto de qué se entiende por situación desventajosa, de acuerdo con la SIC ésta significará una mengua o perjuicio en relación con otra cosa, persona o situación<sup>218</sup>.

---

216 Resolución 4285 de 2002 de la SIC. En el mismo sentido véase resolución 588 de 2003 de la SIC.

217 Resolución 4285 de 2002 de la SIC. Véase también resolución 8232 de 2001 de la SIC y en el mismo sentido la resolución 588 de 2003 de la SIC.

218 Resolución 4285 de 2002 de la SIC.

## b. Discriminación horizontal o abuso anticompetitivo

El tipo de abuso de posición dominante consagrado en el numeral 4º del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 ha sido descrito por la doctrina en los siguientes términos:

“el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima con posición de dominio en el mercado, decide discriminar en contra de un comprador o un grupo de compradores, con el objeto de sacar a sus competidores del mercado. La empresa monopolista tratará entonces de discriminar contra sus competidores con el objeto de incrementar sus costos y sacarlos del mercado”<sup>219</sup>.

Un abuso anticompetitivo, de conformidad con la norma, incorpora los siguientes presupuestos:

- Una venta, entendida según las disposiciones del Código de Comercio sobre compraventa comercial.
- Que la venta a un comprador se haga “en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador...”.
- La intención del agente económico que realiza la venta sea “disminuir o eliminar la competencia en el mercado”.

Respecto del segundo presupuesto se debe advertir que la diferenciación en la venta no sólo se realiza vía precio, sino que puede hacerse respecto de otras condiciones como la forma de pago, la calidad del producto, los servicios adicionales que se ofrezcan, el término de garantía, etc.

Uno de los casos más representativos sobre abuso de posición dominante por medio de discriminación es el de *Napier Brown vs. British Sugar* que conoció la Comisión de Competencia de la Comunidad Europea en 1988. En este caso la Comisión sostuvo lo siguiente:

---

219 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, ob. cit., pág.69.

“que British Sugar había abusado de su posición de dominio al rehusarse a suministrarle a Napier Brown azúcar de remolacha, como esto lo había solicitado específicamente, suministrándole en cambio azúcar de caña. Napier Brown sostuvo que British Sugar le suministraba azúcar de remolacha a otros clientes, cuando así lo solicitaban específicamente. (...) La comisión concluyó que British Sugar le había impuesto a Napier Brown, condiciones discriminatorias de las descritas en el literal c) del artículo 86 del Tratado de Roma”<sup>220</sup>.

Específicamente, sobre el la abuso de la posición dominante por medio de abusos anticompetitivos, en el caso de Napier Brown vs. British Sugar, se determinó que,

“la empresa British Sugar le ofreció a los más importantes distribuidores minoristas de azúcar, excelentes precios si se rehusaban a mantener en su inventario, los productos de sus competidor Napier Sugar”<sup>221</sup>.

La Comisión de Competencia de la Comunidad Europea se opuso a este tipo de práctica conforme a la siguiente argumentación:

“Una agresiva rivalidad en los precios constituye un instrumento esencial para competir. Sin embargo, una política de precios selectiva y discriminatoria, aplicada por una empresa dominante, diseñada solamente para perjudicar los negocios, o impedir la entrada al mercado de sus competidores, mientras que mantiene precios más altos para el grueso de sus clientes, y en la destrucción de la competencia. Así, esta práctica se constituye en una conducta abusiva por medio de la cual una empresa puede reafirmar su ya preponderante posición de mercado”<sup>222</sup>.

### 3.6. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DEL MONOPOLIO

Existen razones de tipo económico y no económico, por las cuales los mercados en condiciones de competencia son preferidos a los mercados en condiciones de monopolio. Estudiaremos primero las últimas.

---

220 Ibídem.

221 Ibídem, pág. 69.

222 Cita en ibídem, pág. 69.



Una estructura industrial monopolística produce una gran concentración de la riqueza y el ingreso, lo que no ocurre en los mercados con alto grado de competencia. En un mercado competitivo el poder económico se encuentra desconcentrado, porque existen muchas empresas actuando en su propio interés y produciendo los mismos bienes, lo cual en últimas redundaría en beneficio de los consumidores. Por otro lado, en un mercado con una estructura económica monopolística, no existe diversificación en la toma de decisiones, es decir, que se deposita la estabilidad económica y el progreso del país en muy pocos ejecutivos, cuyos errores de apreciación podrían producir efectos catastróficos en toda la economía.

Otro peligro que conlleva la concentración del poder económico, es la gran influencia política que otorga a los monopolistas, quienes podrían utilizar su poder para garantizar su posición dominante en los mercados, con la consiguiente secuela de corrupción tanto a nivel público como privado.

Conforme a lo explicado en el punto 3.5 de este documento, las consecuencias económicas de la existencia de un monopolio se resumen en las siguientes:

- El monopolista produce una menor cantidad del bien de la que se demanda en el mercado. En términos del profesor, MANKIWI, “el monopolista produce una cantidad inferior a la socialmente eficiente”<sup>223</sup>.
- El monopolista fija un precio superior al que sería fijado por el mercado en condiciones competitivas, lo que impide a muchos consumidores adquirir dichos bienes por su restricción de ingresos, situación que tiende a disminuir el intercambio comercial en dicho mercado.
- Se da una redistribución del ingreso, en el sentido en que el monopolista se apropia de una parte del excedente del consumidor,

---

223 MANKIWI, N. GREGORY, ob. cit., pág. 297.

ya sea por medio de la fijación de un precio monopolístico o por medio de la discriminación.

- La reducción de producción e intercambio generan un coste social que se refleja en la pérdida irrecuperable de parte del excedente del consumidor y del excedente del productor.

Además de estas consecuencias económicas, explicadas de manera detallada anteriormente, también se pueden mencionar que una de las desventajas del monopolio es la poca atención que el monopolista le prestará a la calidad de sus bienes —en la medida en que la demanda del bien es inelástica y nadie más lo produce o le compete con un bien sustituto— no tendrá incentivos para producir bienes de mejor calidad. Otra consecuencia obvia de la existencia de un monopolio consiste en que se limitan las alternativas de consumo.

Por último, el monopolista puede gastar ingentes recursos tratando de mantener su posición dominante, ya que el supuesto que adoptamos al comienzo de este análisis, según el cual es imposible para otros competidores penetrar el mercado, no se da en la vida real. Es más, si el resto de las condiciones se mantienen iguales (*ceteris paribus*), los altos rendimientos que produce la administración del monopolio resultarán mucho más atractivos para el resto de los inversionistas, que los rendimientos que reporta cualquier mercado competitivo, con lo cual los inversionistas tenderán a tomar la decisión más racional y por tanto tratarán de penetrar el mercado del monopolista. Esto quiere decir que del total de las ganancias del monopolista, una parte importante será utilizada en medidas tendientes a generar barreras de ingreso con el fin de impedir que los potenciales competidores ingresen al mercado.

### 3.7. POSIBLES BENEFICIOS DEL MONOPOLIO

Por otra parte, la teoría económica también ha justificado la existencia de los monopolios básicamente conforme a los siguientes argumentos que serán desarrollados a continuación:

- La posibilidad desarrollar economías de escala.
- La existencia de tecnología costosa que sólo puede sostener un monopolista.
- La capacidad del monopolista para invertir en investigación y desarrollo.
- Los monopolios naturales, donde es más eficiente que haya sólo un productor.

En primer lugar, en cuanto a la posibilidad de que los monopolios desarrollen rendimientos crecientes a escala, se debe precisar que las economías de escala o escala de producción se presentan cuando ante la variación de todos los factores de producción —en la misma proporción, es decir a la misma escala— aumenta la producción en mayor proporción. Es decir, que habrá rendimientos crecientes a escala —por ejemplo—, si al doblar la cantidad de factores de producción usados, se triplica la cantidad producida.

De acuerdo con FERNANDO GAVIRIA CADAVID, las premisas según las cuales los monopolios logran economías a escala se resumen en los siguientes términos:

“1) Que las compañías grandes son más eficientes que las pequeñas, en tanto que las más grandes (enormes o gigantescas) no lo son y algunas veces aún pierden eficiencia con relación a un tamaño grande óptimo; y

2) Que las diferencias cuantitativas entre los costos promedio en diferentes tamaños de empresas se van reduciendo incrementalmente a partir del momento en que alcanzan un tamaño grande (óptimo)”<sup>224</sup>.

En segundo lugar, el poder económico del monopolista le permite acceder a tecnología que otras empresas no estarían en capacidad económica de adquirir. La relación entre la innovación y el grado de poder de mercado de una empresa es un tema muy complejo de

---

224 GAVIRIA CADAVID, FERNANDO, ob. cit., pág. 359.

abordar. El economista austriaco JOSEPH SCHUMPETER, en su obra *Capitalismo, socialismo y democracia*, argumenta que es gracias a la inversión que hacen las grandes empresas en investigación y desarrollo que se ha logrado el ritmo de innovación y cambio tecnológico a través de la historia. Así, las pérdidas irrecuperables de eficiencia producidas por mercados monopólicos u oligopólicos se verían plenamente compensadas son las ganancias derivadas de las invenciones<sup>225</sup>.

La defensa de las grandes empresas y la crítica al modelo de competencia perfecta, que coincide con la postura de los representantes contemporáneos de la escuela austriaca, es explicada por SCHUMPETER en los siguientes términos:

“la gran empresa ha llegado a ser el motor más potente de este progreso [el económico] y especialmente de la expansión a largo plazo de la producción total ... En este respecto la competencia perfecta no sólo es imposible, sino inferior, y carece de todo título para ser presentada como modelo de eficiencia ideal. Es, por tanto, un error basar la teoría de la regulación estatal de la industria sobre el principio de que se debería forzar a las grandes empresas a funcionar como funcionaría la industria respectiva en una situación de competencia perfecta”<sup>226</sup>.

Por último, la teoría económica convencional reconoce la existencia de monopolios naturales; se trata del monopolio que,

“surge porque una única empresa puede ofrecer un bien o un servicio a todo un mercado con menos costes que dos o más empresas”<sup>227</sup>.

Un ejemplo típico de un monopolio como este es el de las empresas que prestan el servicio de acueducto. La inversión inicial es muy alta en la medida en que no sólo tendrá que instalar plantas que se encarguen todo el proceso del agua comenzando desde su recolección o encauzamiento, pasando por los procesos de purificación, sino que además deberá tener toda una red de tuberías en la ciudad para distribuir

---

225 Véanse SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., pág. 227 y sigs.

226 SCHUMPETER, JOSEPH, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Madrid, pág. 67.

227 MANKIW, N. GREGORY, ob. cit., pág. 288.

el producto. Así, si una empresa quisiera competir en dicho mercado, se vería obligada a crear su propia tubería a lo largo de la ciudad.

Sin embargo, los monopolios naturales tienen consecuencias diferentes de las que generan otros tipos de monopolios. El profesor MANKIW lo explica en los siguientes términos:

“Cuando una empresa tienen un monopolio natural, le preocupa menos la posibilidad de que entren nuevas empresas y de que reduzcan su poder de monopolio. Normalmente, una empresa tiene problemas para mantener una posición monopolística si no posee un recurso clave o no está protegida por el Estado. Sus beneficios monopolísticos atraen a nueva empresas al mercado en el que otra empresa tiene un monopolio natural no es atractivo. Las aspirantes a entrar saben que no puede conseguir los mismos bajos costes que el monopolista porque después de entrar, cada empresa tendrían una parte menor del mercado”<sup>228</sup>.

### 3.8. LOS BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA

La competencia —explica el profesor IGNACIO DE LEÓN—, es un poderoso incentivo que estimula a las empresas a comportarse en forma tal, que resultan beneficiados los consumidores y la sociedad en general. Este incentivo hace que las empresas

“respondan con mayor rapidez a los mensajes del mercado; mejoren la calidad de las mercancías y servicios que proporcionan; atiendan mejor a las necesidades de los consumidores mediante la innovación y la investigación y el desarrollo, y proporcionen suministros en cantidad proporcionada a la demanda”<sup>229</sup>.

Los beneficios de la competencia y más específicamente de la eficiencia que ésta por lo general comporta, son la causa de que la apertura de los mercados sea una tendencia mundial. Según MICHAEL PORTER la prosperidad de cualquier nación depende directamente de la productividad y de la competitividad, lo que justifica que los gobiernos

---

228 *Ibidem*, pág. 289.

229 DE LEÓN, IGNACIO, *ob. cit.*, pág. 16.

se esfuercen para que en las economías de sus respectivos países prime un ambiente de competitividad que impulse una mayor producción y un mayor crecimiento económico<sup>230</sup>. Según PORTER,

“en un estudio realizado sobre 54 países, la existencia de una política de promoción a la competencia activamente aplicada ha probado ser una de las variables más fuertemente asociadas al crecimiento del PIB per cápita, incluso en naciones en desarrollo”<sup>231</sup>.

Finalmente, la competencia permite que las empresas de Latinoamérica se fortalezcan para competir en el mercado mundial<sup>232</sup>. Al incrementar la producción puede haber mayor empleo y se puede aumentar el nivel de vida de las personas debido a los mayores ingresos que perciben<sup>233</sup>. La competitividad de los países determina su capacidad para colocar productos en el mercado mundial y lograr una alta rentabilidad en las transacciones internacionales. El comercio internacional es de suma importancia para países como los latinoamericanos, cuyos mercados

---

230 Citado por DE LEÓN, IGNACIO, *ibidem*, págs. 16-17.

231 PORTER, MICHAEL, “*Competition and Antitrust*”, *Antitrust Bulletin*, vol. XLVI, n° 4, 2001. Citado en *Foreign Investment Advisory Service, International Finance Corporation and World Bank*. “Nicaragua. Competitividad, atracción de inversiones extranjeras directas y el rol de la política de competencia”, mayo de 2003, pág. 13. Documento consultado en septiembre de 2004 en: <http://www.mifc.gob.ni/docushare/dscgi/ds.py/View/Collection-210>

232 Existe mucha literatura sobre las variables que determinan los niveles de desarrollo de una sociedad. Las diferentes corrientes le dan mayor o menor importancia a variables como la geografía y los recursos naturales, la capacidad de integración comercial a los mercados mundiales y a la solidez de las instituciones, entendidas como las reglas de juego de una sociedad. Sobre este debate, recomendamos la lectura de dos ensayos cortos que explican el debate. Ellos son: SACHS, JEFFREY D., “Las instituciones son importantes, pero no para todo”, *Revista Perspectiva*, n° 4, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2004, págs. 74–79. RODRIK, DANI y SUBRAMANIAN, ARVIND, “La primacía de las instituciones (y lo que implica)”, *Revista Perspectiva*, n° 4, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2004, págs. 80–84. Para profundizar en el tema del rol de las instituciones como elemento para el desarrollo económico, también recomendamos la lectura del libro de DOUGLASS NORTH: *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, New York, 1990.

233 DE LEÓN, IGNACIO, *ob. cit.*, pág. 20.

son pequeños y de baja capacidad adquisitiva. La promoción de las exportaciones fue la clave para la transformación de las economías eminentemente rurales de los países del sudeste asiático en los años sesenta, que hoy en día son economías altamente industrializadas<sup>234</sup>.

En la misma línea, según JUAN ANTONIO RIVIÈRE:

“la aplicación de las reglas de competencia en América Latina es un elemento importante del desarrollo económico y de la integración regional de aquellos mercados. Allí donde existe seguridad jurídica y certeza de su aplicación, los riesgos de conflictos comerciales y políticas de defensa comercial se reducen considerablemente”<sup>235</sup>.

## CAPÍTULO 4

### CRÍTICAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

#### 4.1. CRÍTICA SOCIALDEMÓCRATA

Las leyes antimonopolio son criticadas tanto por doctrinas económicas socialdemócratas como por las libertarias. Las doctrinas de socialdemócratas, propenden por una mayor protección de la industria nacional —lo que necesariamente reduce el nivel de competencia del mercado—. Estos académicos no recomiendan la política de competencia para países en desarrollo en la medida en que consideran que la eficiencia no puede estar por encima de otros valores sociales tales como la equidad.

En ese sentido, explican SAMUELSON y NORDHAUS, que a pesar de que los mercados competitivos generan eficiencia en la asignación de recursos, ello no necesariamente implica que una economía basada en el *laissez faire* sea justa. Lo anterior lo justifican de manera muy ilustrativa en los siguientes términos:

---

234 Conferencia de CÉSAR A. FERRARI Ph.D. en el marco de las conferencias de “The Phoenix Institute – Colombia”, realizada el 10 de febrero de 2004.

235 RIVIÈRE, JUAN ANTONIO, ob. cit., pág. 26.

“no todo el mundo está dotado del mismo poder adquisitivo. Unas personas son muy pobres, sin culpa alguna, y otras son muy ricas y no por méritos propios. Por tanto, la ponderación de votos monetarios, que se basan las curvas de demanda individuales, puede no parecer justa y equitativa.

Un sistema de precios y de mercados puede ser un sistema en el que unas pocas personas tengan la mayor parte de la renta y de la riqueza. Pueden haber heredado la tierra escasa de la sociedad o poseer valiosas patentes y campos petrolíferos. La economía podría ser sumamente eficiente y extraer de sus recursos una gran cantidad de cañones y de mantequilla o se la darían a sus perros de lanas, mientras que los cañones protegerían simplemente la mantequilla de los ricos (...).

Una sociedad no vive sólo de la eficiencia. Los filósofos y la población se preguntan: ¿eficiencia para qué? ¿Y para quién? Una sociedad puede decidir alterar un equilibrio basado en el *laissez-faire* para mejorar la equidad o la justicia de la distribución de la riqueza y la renta. Puede decidir sacrificar la eficiencia para mejorar la equidad<sup>236</sup>.

J. LAFFONT expone otro argumento en contra de que la libre competencia prevalezca sobre otros valores. Dicho argumento consiste en que la competencia sólo es buena cuando existe un mundo en el cual se cumplen unas condiciones muy estrictas —condiciones que ya enumeramos anteriormente—,

“[p]ero como los países en desarrollo están tan lejos de este mundo, no es siempre el caso de que la competencia sea promovida en estos países<sup>237</sup>.”

La economía de EE.UU. es un ejemplo de que el modelo de competencia perfecto no es viable. A pesar de que la economía de Norteamérica es la más grande y competitiva del mundo, de la gran variedad de productos que se ofrecen al consumidor y del ritmo de

236 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., pág. 185.

237 LAFFONT, J., “*Competition, information, and development*”, in *Annual World Bank Conference on Development Countries*, World Bank, Washington: 1998. Citado en, SINGH, AJIT y DHUMALE, RAÚL, ob. cit., pág. 11. La traducción es nuestra y la bastardilla está fuera del texto.



innovación de su industria<sup>238</sup>, en muchos sectores económicos tiene una estructura oligopólica. Lo anterior puede explicarse, entre otras razones, por las economías de escala logradas en las respectivas industrias y las importantes barreras a la competencia<sup>239</sup> en los mercados<sup>240</sup>. Las siguientes cifras de las décadas de los ochenta ilustran la anterior afirmación:

“hacia 1975 las 200 primeras compañías industriales tenían mayor participación en la producción industrial, las ventas, el empleo y los bienes de capital que las 500 sociedades más importantes en 1955. Hoy en día, las 50 sociedades mayores de los Estados Unidos poseen el 42% de todo el activo utilizado en la producción, mientras que las 500 primeras son dueñas del 72%. Cuatro compañías, o menos, dominan el 99% de la producción nacional de automóviles, el 92% del vidrio plano, el 90% de los cereales para el desayuno, el 90% de la de turbinas y motores de turbinas, el 90% de las lámparas eléctricas, el 85% de la de frigoríficos y congeladores domésticos, el 84% de la de cigarrillos, el 83% de los tubos de imagen de televisión, el 79% de la de aluminio y el 73% de la de neumáticos y cámaras”<sup>241</sup>.

Adicionalmente, para los profesores de la Universidad de Cambridge AJIT SINGH y RAÚL DHUMALE la política de competencia aplicada por

---

238 La relación entre la innovación y el grado de poder de mercado de una empresa es un tema muy complejo de abordar. El economista austriaco JOSEPH SCHUMPETER, en su obra *Capitalismo, socialismo y democracia*, argumenta que es gracias a la inversión que hacen las grandes empresas en investigación y desarrollo que se ha logrado el ritmo de innovación y cambio tecnológico a través de la historia. Así, las pérdidas irrecuperables de eficiencia producidas por mercados monopolísticos u oligopólicos se verían plenamente compensadas son las ganancias derivadas de las invenciones. Véanse SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., pág. 227 y sigs.

239 SAMUELSON y NORDHAUS explican que existen barreras a la competencia cuando “las restricciones legales o una diferenciación del producto que reduce el número de competidores por debajo del que sobreviviría teniendo en cuenta solamente la eficiencia o las condiciones de costos.” Las barreras a la competencia pueden ser legales (ej. derechos de propiedad industrial, monopolios legales, aranceles o cuotas de importación) y pueden barreras económicas (ej. cuando un producto tiene una gran diferenciación respecto de sus sustitutos). Véanse SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., págs. 202-203.

240 Véanse SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., págs. 196-197 y 202.

241 HARRIS, MARVIN, *Cultura contemporánea norteamericana*, Alianza, España, 2000, pág. 28.

Estados Unidos o el Reino Unido es inapropiada para países en vías de desarrollo industrial como México, Brasil, India o Corea. Justifican esta conclusión en que el objetivo final de la política de competencia de los países avanzados es demasiado estrecho y estático. Según SINGH y DHUMALE<sup>242</sup> este objetivo consiste en primer lugar en promover *la eficiencia en la asignación*<sup>243</sup> y en segundo lugar la reducción de los precios para los consumidores. De conformidad con los mencionados autores, para aumentar el estándar de vida de los países en desarrollo, éstos deben tener como objetivo la promoción del aumento de la productividad a largo plazo<sup>244</sup>. Los autores mencionados explican el argumento en los siguientes términos:

“La búsqueda del objetivo de una eficiencia dinámica en vez de una eficiencia estática requiere, entre otras cosas, de altas tasas de inversión. En una economía de empresas privadas, esto necesita el fomento de la propensión de los empresarios a invertir. Sin embargo, el sector privado puede verse desestimulado si, como resultado de la competencia, las utilidades se vuelven muy bajas, incluso si esto es sólo temporal. Esto sugiere que la competencia sin restricciones puede no ser apropiada para una economía en desarrollo. La teoría económica al igual que la experiencia indican que, el mundo real de mercados incompletos o inexistentes, la competencia sin restricciones puede llevar a guerras de precios y rivalidad ruinosas y por esto puede ser hostil a inversión futuro: desde esta perspectiva, demasiada competencia puede ser tan dañosa como muy poca. Lo que requieren las economías en desarrollo es un nivel óptimo de competencia que exija suficiente rivalidad para reducir la ineficiencia en el uso corporativo de los recursos en un nivel macroeconómico, pero no tanta competencia que disuada la propensión a invertir”<sup>245</sup>.

En consonancia con las críticas anteriormente expuestas, la competencia económica como derecho individual no prima sobre otros derechos que las constituciones de los países latinoamericanos consagran, como es el caso de los derechos fundamentales.

---

242 Ibidem, págs.11-12.

243 Este tipo de eficiencia, es aquella en la cual se pregunta si una industria está produciendo la cantidad correcta de cierto bien o servicio. HARRISON, JEFFERY, ob. cit., pág.29.

244 Ibidem, pág.12.

245 Ibidem. La traducción es nuestra. Bastardilla fuera de texto.

## 4.2. CRÍTICA DE LA ESCUELA DE CHICAGO

No solamente las teorías socialdemócratas han criticado la aplicación de las leyes antimonopolio. Teorías liberales —sostenidas por algunos autores de la escuela austriaca y de la escuela de Chicago<sup>246</sup>— han criticado la aplicación de estas leyes. En el caso de la escuela austriaca, incluso han abogado por su abolición<sup>247</sup>.

En el capítulo 1 del presente documento, hemos presentado la evolución de las teorías de la escuela de Chicago sobre el *antitrust*. Como se advirtió, estas críticas produjeron importantes cambios en las políticas de competencia de EE.UU. y en la forma en que las normas fueron aplicadas por las cortes.

Es necesario advertir que a pesar de la acogida de estas ideas tanto por la teoría económica convencional como por los operadores jurídicos norteamericanos, la escuela de Chicago ha sido criticada por la alegada inconsistencia de sus juicios de valor respecto de las normas antimonopolio y sus teorías sobre *Public Choice*. Especialmente se critica que la premisa según la cual las normas *antitrust*, como regulación económica, propenden por el *interés general* no ha sido sometida al riguroso análisis que la escuela de Chicago aplica para otros tipos de regulación económica<sup>248</sup>.

---

246 Autores como ROBERT BORK, RICHARD POSNER, FRANK EASTERBOOK, YALE BROZEN, WILLIAM BOWMAN y HAROLD DEMSETZ, entre otros. Véase BORK, ROBERT, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, USA, 1978.

247 Véanse, ARMENTANO, DOMINICK T., *Antitrust: the case for repela*, revised second edition, Ludwig Von Mises Institute, Auburn, Alabama, USA, 1999. ARMENTANO, DOMINICK T., *Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure*, The Independent Institute, USA, 1990. GULL, HARRY (editor), *The Abolition of Antitrust*, Transaction Publishers, USA, 2005. ARMENTANO, DOMINICK T., “*Antitrust Policy: Reform or Repeal*”, en *Cato Policy Analysis*, n° 21, January 18, 1983. Consultado el 27 de diciembre de 2005 en: <http://www.cato.org/pubs/pas/pa021.html> TUCKER, JEFFREY, “*Controversy: Are Antitrust Laws Immoral?*”, en *The Journal of Markets & Morality*, n° 1 (Spring 1998), págs. 75-82. Consultado el 27 de diciembre de 2005 en: [http://www.acton.org/publicat/m\\_and\\_m/1998\\_mar/pdf/mm-v1n1-tucker1.pdf](http://www.acton.org/publicat/m_and_m/1998_mar/pdf/mm-v1n1-tucker1.pdf)

248 Véase CHESNEY, FRED. S., “*Antitrust & Regulation: Chicago’s contradictory views*”, en *CATO Journal* 10, n° 3 (Winter 1991), págs. 775-798.

### 4.3. CRÍTICA DE LA ESCUELA AUSTRIACA

La escuela austriaca tiene un concepto más radical y libertario, en el sentido de que aboga por la abolición de las normas antimonopolio puesto que restringen la libertad económica. La posición de esta corriente económica se explica por el desacuerdo que mantiene con la teoría económica convencional respecto de conceptos microeconómicos básicos como el *modelo de equilibrio* y el *concepto de mercado y competencia perfecta*. Su negativa a acoger estos conceptos distingue a la escuela austriaca en especial de las teorías neoclásicas que son representadas en la actualidad por la escuela de Chicago. Según THOMAS DILorenzo<sup>249</sup>, la competencia entendida como una dinámica de rivalidad caracterizada por la innovación permanente, difiere del concepto de *competencia perfecta* que ha sido desarrollado por la teoría económica convencional desde la década de los años treinta. Para que un mercado sea perfecto, se requiere la configuración de unas condiciones demasiado estrictas y por eso este tipo de mercado sólo existe en la teoría.

En consecuencia, la comparación de las condiciones reales de un mercado respecto del concepto de *mercado perfecto* siempre resultará en la conclusión de que ese mercado es imperfecto y por tanto se justifica la intervención del Estado para corregir sus fallas. Incluso SAMUELSON y NORDHAUS reconocen que en todas las economías de mercado la mayoría de las industrias tienen elementos característicos de la competencia imperfecta, al punto de que solamente algunos mercados agrícolas como el trigo, el maíz y el algodón se ajustan a la estricta definición de competencia perfecta<sup>250</sup>. En ese sentido, SAMUELSON y NORDHAUS coinciden con la escuela austriaca al distinguir la competencia perfecta con el grado de competencia —entendida como rivalidad— que hay en un mercado. En efecto, según los economistas citados:

---

249 DILorenzo, THOMAS J., *The Case Against All Antitrust Legislation*, cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.

250 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., págs. 196–197 y 201.

“la existencia de competencia imperfecta no impide la existencia de una intensa rivalidad en el mercado. Los competidores imperfectos suelen luchar por aumentar su cuota de mercado. La rivalidad intensa debe distinguirse de la competencia perfecta. La rivalidad engloba una amplia variedad de conductas, desde la publicidad que intenta elevar la curva de demanda hasta la invención de mejores productos. La competencia perfecta no dice nada sobre la rivalidad, sino que indica simplemente que todas las empresas de la industria pueden vender todo lo que desean al precio de mercado vigente”<sup>251</sup>.

Así, los economistas de la escuela austriaca argumentan que la aplicación de la legislación antimonopolio es una forma indeseable de intervención del Estado en la economía, ya que en su opinión dicha intervención produce un efecto más negativo que la falla que supuestamente procura corregir. Las denominadas *fallas del Estado*, estudiadas ampliamente por las teorías del *Public Choice*, explican por qué la regulación económica del Estado siempre estará influenciada por un grupo de interés que pretende sacar provecho de la misma.

En opinión de la escuela austriaca la aplicación de las normas *antitrust*, no beneficia a los consumidores y ni los protege del *poder monopolístico*, sino que tiende a *castigar* a las empresas grandes y a proteger a las demás empresas que generalmente son ineficientes. El profesor DOMINICK ARMENTANO, por ejemplo, argumenta que la concentración de un mercado no es un criterio para demostrar que existe *explotación monopólica*. Según ARMENTANO el hecho de que sólo exista un productor de un bien o servicio demuestra que las condiciones de mercado han determinado que en ese período o momento sólo se requiere de un productor para lograr la eficiencia de mercado. Explica el autor mencionado que una correlación positiva entre el grado de concentración y el mantenimiento de altas utilidades

“puede ser fácilmente explicado por una mayor eficiencia de parte de las empresas que crecían más rápidamente y tenían un alto nivel de participación en el mercado”<sup>252</sup>.

---

251 *Ibidem*, pág. 197.

252 ARMENTANO, DOMINICK T., “*Antitrust Policy: Reform or Repeal*”, en *Cato Policy Analysis*, n° 21, January 18, 1983, consultado el 27 de diciembre de 2005 en: <http://www.cato.org/pubs/pas/pa021.html>

En segundo lugar, alega la escuela austriaca que las normas antimonopolio se fundamentan en conceptos equívocos. Este sería el caso de conceptos como *explotación monopolística, indebida restricción o utilidad injusta* que, según los economistas de la escuela austriaca, son vagos y pueden prestarse para todo tipo de interpretaciones cuyo efecto es en realidad contrario a la libre competencia.

Un último argumento, es la dificultad inherente a toda regulación económica para que se produzcan los efectos deseados en la realidad. Existe una amplia literatura, a parte de la expuesta por los economistas de la escuela austriaca, sobre los intentos fallidos de los gobiernos por promover la competencia en determinado sector económico, los cuales han resultado en el efecto contrario: una mayor cooperación y colusión entre los agentes que participan en el mercado<sup>253</sup>.

## CAPÍTULO 5

### LOS RETOS PARA LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA

En el futuro son muchos los retos que deberán afrontar los estados para lograr que el derecho de la competencia efectivamente cumpla sus propósitos. A continuación describimos algunas de las situaciones que generan un mayor riesgo para la aplicación de la normativa de libre competencia en América Latina.

#### 5.1. EVITAR LA “CAPTURA” DE LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA

Las autoridades de la competencia están sujetas a presiones de diferentes fuerzas políticas tanto del gobierno como en el sector privado que pondrán a prueba una y otra vez su independencia.

---

253 LONGSTAFF, P.H., “*Competition and Cooperation: from biology to business regulation*” (1998), el artículo fue consultado el 20 de noviembre de 2005 en: <http://www.pirp.harvard.edu/publications/pdf-blurb.asp?id=374>

La promoción de la competencia requiere un Estado fuerte que logre hacer cumplir la ley. En efecto, las autoridades de la competencia deben tener personal calificado y herramientas y recursos suficientes, pues la aplicación del derecho de la competencia no implica una operación mecánica de normas, sino que precisa de estudios económicos complejos.

Es necesario evitar la *captura* de la entidad por parte del gobierno o de grupos de presión. La legitimidad de la autoridad de la competencia depende de varios factores, entre ellos, la autonomía para investigar y tomar decisiones. Esta autonomía depende del lugar que ocupe en el Estado (la mayoría se encuentran adscritas a la rama ejecutiva a través de un ministerio), de la forma como se financia, de la forma como toma las decisiones, de la forma como se nombran sus funcionarios y la estabilidad de su personal<sup>254</sup>.

## 5.2. INCORPORAR LA COMPETENCIA COMO UN VALOR SOCIAL

Además, hay un problema cultural que sólo puede cambiar la efectiva aplicación de las normas de libre competencia y la educación. Por muchos años el modelo proteccionista produjo empresas ineficientes, cuya viabilidad dependía más del gobierno que del grado de satisfacción de sus productos a los consumidores. Así describe esta realidad el profesor IGNACIO DE LEÓN:

“Hasta hace pocos lustros, esas políticas (de libre competencia) eran vistas con recelo, incluso con animadversión, y eran por tanto abiertamente desestimuladas a favor de objetivos de política tenidos por “desarrollistas”, en políticas industriales, comerciales, tecnológicas y agrícolas. Se veía la competencia como un fenómeno errático, que amenazaba los fines públicos conciliados a través de una “planificación racional” de los recursos sociales. Esta visión ha dado paso a otra que concibe la competencia como un fenómeno de mercado que es preciso proteger de distorsiones y manipulaciones gubernamentales y, en el contexto de una creciente

---

254 ALZA, CARLOS, ob. cit., pág. 137.

liberalización desregulatoria y comercial, distorsiones introducidas por las propias empresas publicas y privadas”<sup>255</sup>.

El mismo hecho es descrito por ALEX CHAUFEN, director del Atlas Research Foundation, en el siguiente sentido:

En América Latina, “[d]urante los años cuarenta y cincuenta los modelos de sustitución de importaciones impuestos por los burócratas, establecieron fuertes barreras a la entrada de productos localmente. Esto produjo que el talento más buscado fue el saber conseguir privilegios del gobierno. El conocimiento de buenas prácticas de administración de empresas pasó a segundo plano. Las industrias se tornaron cada vez más ineficientes, pero sus dueños y trabajadores estaban protegidos de la competencia. Fueron muy pocos los que desarrollaron talentos necesarios para administrar empresas en marcos competitivos. [...] Hasta en los sectores de la banca y de los servicios se premiaba más, y en muchos países se sigue premiando mucho más, a los gerentes que están cerca del poder y de acceder a la información privilegiada o trato especial, que a aquellos que tienen talentos para servir mejor al consumidor. [...] Durante los años sesenta y setenta, existían poquísimas escuelas de negocios en Latinoamérica. Luego de décadas de proteccionismo a ultranza, cuando el modelo caducó, fueron muy pocos los que tenían los talentos necesarios para competir”<sup>256</sup>.

Toda regulación sobre la economía implica una alteración en la distribución de la riqueza de la sociedad. Por eso las economías donde el Estado realiza una fuerte intervención por medio de regulaciones son muy vulnerables al fenómeno de la *captura de rentas o buscadores de rentas*. Los agentes económicos con poder político (v. gr. sindicatos o gremios económicos) tienen fuertes incentivos para presionar a la entidad que establece esta normativa y obtener una rentabilidad que no se deriva de su productividad sino de unas condiciones jurídicas más favorables. Se premia, como explica el autor citado anteriormente, la habilidad para influir políticamente y no la habilidad para producir y comerciar. Cuando la rentabilidad de un negocio no depende de una

---

255 DE LEÓN, IGNACIO, ob. cit., pág. 18. Bastardilla fuera de texto.

256 CHAUFEN, ALEX, “Libertad sin justicia”, *Revista Perspectiva*, n° 2, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2003, pág. 79. Bastardilla fuera de texto.



mayor eficiencia en la producción o en una exitosa publicidad del producto el resultado será una economía poco competitiva.

El cambio de cultura de nuestros empresarios radica en que compitan en el mercado en términos de calidad, precio, garantía, cantidad, publicidad leal y no a través de actos o acuerdos que restrinjan el comercio<sup>257</sup> o por medio de su influencia sobre el gobierno para que les sean otorgados privilegios sobre sus competidores.

Aunque el derecho de la competencia busca la eficiencia del mercado y, por ende, mayor bienestar para el consumidor, es cierto que los sectores menos eficientes se verán perjudicados con esta política. En la medida en que no sean capaces de adaptarse al nuevo entorno competitivo, serán superados por sus rivales e incluso podrán desaparecer del mercado. Como advierte el profesor JOSEPH STIGLITZ,

“[c]ada política es buena para unas personas y mala para otras, por lo que debe especificarse cuidadosamente a quién beneficiará y a quién perjudicará”<sup>258</sup>.

### 5.3. REFORZAR LA ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA

Es necesario que la llamada *abogacía por la competencia*, función que es asignada a las autoridades de la competencia, se centre en que las políticas públicas sean coherentes con los principios de libre competencia y la normativa vigente. Es necesario, por ejemplo, que antes de adoptar excepciones a la aplicación de la normativa éstas sean estudiadas rigurosamente de tal forma que no se conviertan en medidas proteccionistas que sólo sirvan a intereses particulares<sup>259</sup>. La política de competencia no sólo presupone la estricta aplicación de una regulación de libre competencia sino que requiere coherencia de parte de las diferentes autoridades estatales para que sus decisiones profundicen y preserven la transparencia en el mercado.

---

257 DE LEÓN, IGNACIO, ob. cit., pág. 18.

258 STIGLITZ, JOSEPH. ob. cit., pág. 22.

259 Véanse JATAR, ANA JULIA y TINEO, LUIS, ob. cit., pág. 1.

En los países en los cuales la normativa ha sido promulgada recientemente la autoridad de la competencia tiene una importante función educadora y preventiva. Por tanto, la autoridad debe realizar todos los esfuerzos necesarios para que los agentes económicos distingan una conducta o un acuerdo legal de uno anticompetitivo. En esa medida, además de realizar todo tipo de gestiones que faciliten la aprehensión de la normativa de libre competencia, es importante que exista una instancia de consulta que absuelva las inquietudes de los agentes económicos.

#### 5.4. ADECUADO ESQUEMA SANCIONATORIO

Las sanciones impuestas por la infracción de las normas de libre competencia deben cumplir la misma función de prevención o disuasión que cumple cualquier otro tipo de pena. Así, para que los agentes económicos se vean motivados a abstenerse de violar las normas de libre competencia se deben cumplir al menos dos presupuestos: que el monto de la sanción sea superior al monto que podría ganar mediante la conducta ilegal y que la posibilidad de que sea descubierto sea suficientemente probable como para que prefiera no arriesgarse.

En cuanto al primer presupuesto, debemos advertir que la naturaleza civil, específicamente de carácter pecuniaria, de las penas impuestas por la violación de normas de libre competencia es una tendencia global. No consideramos que sea acorde con el derecho penal moderno la imposición de penas privativas de la libertad para este tipo de infracciones. El derecho penal debe ser un derecho de *ultima ratio*, reservado para proteger determinados bienes jurídicos y conductas que son demasiado lesivas para la sociedad.

Según la doctora MARÍA CLARA LOZANO, profesora de derecho de la competencia en la Pontificia Universidad Javeriana, los sistemas sancionatorios que son aplicados hoy en día pueden clasificarse en tres clases:

- *Multas fijas*. Generalmente estas sanciones son fijadas en unidades económicas que mantienen un valor constante, como los *salarios*

*mínimos*. Pueden consistir en una sanción única o la sanción puede ser calculada entre un rango mínimo y máximo de acuerdo con la gravedad de la conducta y a los criterios de graduación previamente definidos por la jurisprudencia o por la normativa. La ventaja de estas multas es la facilidad para determinarlas y aplicarlas. La crítica a este sistema es que debido al diferente tamaño de las empresas, una misma multa podría obligar al cierre de una empresa pequeña mientras que podría ser insignificante para una empresa de gran tamaño<sup>260</sup>.

- *Multas variables*. Otro sistema usado, por ejemplo por la UE y por la CAN, es establecer multas variables que se calculan con base en los ingresos o activos de los agentes económicos infractores. También se han establecido sistemas en los cuales la sanción se proyecta con base en el cálculo de *ganancia ilegal* que obtuvo el agente económico a través de la infracción. La crítica a este sistema es la dificultad de calcular la multa y la ventaja es que es proporcional al tamaño del agente económico<sup>261</sup>.
- *Mixtos*. Contienen una mezcla de multas fijas y multas variables dependiendo del tipo de práctica realizada.

## 5.5. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y LA OLA DE FUSIONES

Otro reto que deberá enfrentar el derecho de la competencia en América Latina, al cual se hizo referencia antes, es el crecimiento del intercambio comercial internacional. La globalización—específicamente de los mercados—, es un factor muy significativo para la política de competencia

---

260 LOZANO ORTIZ, MARÍA CLARA, “*Debate proyecto de ley n° 108*”, conferencia realizada el 25 de noviembre de 2005, en el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia—CEDEC, Bogotá, Presentación disponible en: <http://www.centrocedec.org/contenido/articulo.asp?chapter=153&article=175>

261 *Ibidem*.

“ya que al incrementarse el número de transacciones empresariales internacionales se requiere un mayor control por parte de las diferentes autoridades de competencia, a fin de prevenir y combatir aquellas prácticas anticompetitivas que pueden afectar el comercio internacional, la liberalización y el flujo de inversión mundial”<sup>262</sup>.

Aunque parezca contradictorio, la apertura del comercio mundial no necesariamente propicia el aumento de la competencia y la eficiencia en los mercados sino que, por el contrario, puede generar nuevas prácticas restrictivas de la competencia por empresas que tienen posición dominante no sobre el mercado de un país, sino sobre el de varios. Así describe el problema PHILIPPE BRUSICK:

“El hecho a destacar es que las megafusiones, en sus constantes esfuerzos por lograr economías de escala, podrían terminar controlando los mercados mundiales ya sea mediante colusión entre ellas o concentrándose en monopolios mundiales. Algunos sectores tales como la aviación civil, las empresas aeronáuticas y espaciales ya han casi alcanzado esa posición. [...] Ante el notable proceso de cambio que se observa a nivel mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas nacionales de competencia se enfrentará con los límites impuestos por las fronteras nacionales”<sup>263</sup>.

Así las cosas, las fusiones que se realizan de manera sistemática en determinados sectores de la economía son un importante reto que deberá afrontar el derecho de la competencia. Este proceso se ha acelerado gracias a la apertura de los mercados y a la competencia internacional que deben enfrentar estas empresas<sup>264</sup>. Sin embargo el

262 SPOTA, GRETA, “Reflexiones en torno a las posibilidades de cooperación internacional en materia de competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, Unión Europea, pág. 40.

263 BRUSICK, PHILIPPE, ob. cit., pág. 73. Bastardilla fuera de texto.

264 El legislador colombiano, por ejemplo, ha sido explícito en su intención de que el derecho de la competencia sea acorde con la necesidad e las empresas colombianas de competir en un mercado global. Es así como el espíritu final del articulado sobre protección a la competencia que fue adoptado en la Constitución de 1991, fue resumido por el constituyente JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO en la ponencia para segundo debate titulada: “*Régimen económico, libre empresa e intervención del Estado*”, en cuyos apartes más significativos se puede leer lo siguiente:

consenso que hay en Latinoamérica en cuanto al desarrollo legislativo sobre el tema del control de acuerdos restrictivos y la posición dominante no se presenta en el tema del control de las fusiones. Por ejemplo, Perú sólo tiene legislación sobre concentraciones para el sector energético y Chile no tiene normas explícitas sobre la materia.

PHILIPPE BRUSICK explica las dificultades para lograr el desarrollo en países como los latinoamericanos, en la medida en que en éstos se da una doble situación contradictoria:

“Por un lado, el hecho de que sin la presión de la competencia resulta difícil —o casi imposible— alcanzar sectores autosuficientes que den resultados efectivos y que alcancen niveles de competitividad a nivel internacional. Por otro lado, las economías de escala requieren por lo general empresas de gran dimensión capaces de operar en mercados mundiales. Los países pequeños y en desarrollo con mercados internos de bajo poder adquisitivo no son lo más propicios para que se generen economías de escala”<sup>265</sup>.

Las fusiones que hemos mencionado anteriormente se han realizado en busca de esas economías escala, pues las empresas buscan protegerse de la posibilidad de que la competencia de empresas extranjeras las saque del mercado<sup>266</sup>.

---

“La libre competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional”.

“La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grandes que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso”, véase MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. ob. cit., págs. 28–30.

265 BRUSICK, PHILIPPE, ob. cit., pág. 75.

266 Esta realidad no es sorprendente en el caso de la economía colombiana si se tiene en cuenta que, por ejemplo, según la *Revista Semana* “las ventas de las 100 empresas más grandes del país en 2003 (87 billones de pesos, unos 33.229 millones de dólares al cambio de hoy) no logran igualar los ingresos de las tres primeras compañías de la

## 5.6. LOS CASOS MULTIJURISDICCIONALES Y

## LA DOCTRINA DE LOS EFECTOS

Los problemas jurídicos que generan las prácticas restrictivas de las competencias y las concentraciones económicas que afectan más de un mercado nacional son un tema muy importante para el derecho de la competencia. DOUGLAS MELAMED sintetiza la problemática de los casos multijurisdiccionales, ocasionados por la globalización económica, en los siguientes términos:

“Aunque vivimos en una economía globalizada, no vivimos en un estado global. No hay una normativa de libre competencia única y no tenemos normas internacionales para resolver temas sobre jurisdicción y sobre procedimiento”<sup>267</sup>.

En la actualidad, la solución a estos problemas es discutido en diferentes foros internacionales, incluso al interior de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Se planteado la necesidad de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales para crear reglas comunes y mecanismos supranacionales y de solución de conflictos.

Es necesario tener en cuenta que, según WILLIAM KOVACIC, en la actualidad más de noventa jurisdicciones en el mundo tienen normas sobre competencia y los sistemas no conforman un solo modelo de aplicación, pues existen grandes diferencias en cuanto a los criterios

---

*Fortune 500*”. Según la misma publicación, “una compañía de golosinas como la argentina ARCOR, por ejemplo, vende al año cerca de 1.100 millones de dólares. Es decir, 50 por ciento más que Inversiones Nacional de Chocolates, la empresa más grande del sector de alimentos en Colombia. Una proporción muy similar a la que se encuentra al comparar Almacenes Éxito —el principal actor del comercio al por menor en el país— con la cadena chilena de supermercados D&S, que incluso sacó a la multinacional CARREFOUR del mercado de su país”, *Revista Semana*, “Las 100 empresas más grandes de Colombia”, edición n° 1147, abril 26 a mayo 3 de 2004, Bogotá, pág. 115 y sigs.

267 MELAMED, A, DOUGLAS, “*International Antitrust in an Age of International Deregulation*”, *Address before the GEORGE Mason Law Review Symposium: Antitrust in the Global Economy*, Washington, D.C., October 10, 1997. Discurso consultado el 8 de septiembre de 2005 en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1234.pdf>

sustantivos y de procedimientos<sup>268</sup>. Lo anterior es comprensible teniendo en cuenta que estas diferencias están arraigadas en la visión de cada jurisdicción sobre el rol y los objetivos del derecho de la competencia, visión que se desarrolla a partir de razones históricas, políticas y filosóficas<sup>269</sup>. Adicionalmente, en jurisdicciones con una larga tradición como la de EE.UU. la evolución es permanente por el desarrollo tecnológico y por las nuevas teorías de análisis económico.

Para dar solución a las dificultades planteadas, algunos doctrinantes pragmáticos abogan por la armonización de las legislaciones y por la creación de unos estándares mínimos, mientras que otros autores proponen la creación de autoridades internacionales de la competencia y de convenciones transnacionales antimonopolio para que realicen la supervisión a nivel institucional<sup>270</sup>. No obstante, estas últimas iniciativas han recibido muchas críticas por la dificultad de crear un sistema transnacional y porque para muchos estados implicaría ceder su soberanía.

---

268 Véase: KOVACIC E., WILLIAM, *Extraterritoriality, institutions, and convergence in international competition policy*, ensayo consultado el 8 de septiembre de 2005 en: <http://www.ftc.gov/speeches/other/031210kovacic.pdf>.

Sobre las diferencias en cuanto al control de integraciones empresariales en las diferentes jurisdicciones, especialmente en el tratamiento de las “eficiencias”, recomendamos el siguiente ensayo: GERARD, DAMIÁN, “*Merger control policy: how to give meaningful consideration to efficiency*”, *Common Market Law Review*, December 2003, págs. 1367–1412.

269 La anterior reflexión es una extensión de la argumento de DAMIEN GERARD sobre por qué las distintas jurisdicciones le dan un valor diferente a las posibles eficiencias que generaría una concentración empresarial que es sometida a su control previo. GERARD, DAMIEN. ob. cit., pág. 1371.

270 Para mayor ilustración sobre las soluciones planteadas a los casos multijurisdiccionales véase LOZANO, MARÍA CLARA, “Prácticas comerciales restrictivas de la competencia transfronterizas: hacia una solución internacional”, en *CEDEC II*, colección Seminarios, n° 8, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2002, págs. 125–151. SINGHAM, SHANKER, “*The interface between trade and competition policy: dealing with discriminatory legislation insights from a Latin American competition and trade environments*”. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 6, 1998, Unión Europea, pág. 127. SINGH, AJIT y DHUMALE, RAHUL. ob. cit., pág. 18.

Adicionalmente, se presenta un complejo problema en la medida en que los convenios multilaterales de comercio no siempre persiguen el mismo objetivo del derecho de la competencia, es decir, la eficiencia de los mercados. Esto produciría un choque entre la política antimonopolio y la política comercial multilateral<sup>271</sup>.

Mientras la posibilidad de que se acuerden convenciones internacionales de libre competencia es lejana, según la profesora MARÍA CLARA LOZANO, EE.UU. ha aplicado de manera unilateral desde 1912 su legislación *antitrust* a empresas extranjeras que realizan prácticas por fuera de su territorio pero que tienen efectos en sus mercados<sup>272</sup>.

La aplicación extraterritorial de la normativa de libre competencia por EE.UU. y más recientemente por la UE ha sido justificada en lo que se ha llamado *teoría o doctrina de los efectos*<sup>273</sup>. La doctrina consiste en que los estados tienen jurisdicción sobre las prácticas realizadas por empresas que están por fuera de su territorio —tanto nacionales como extranjeras— que producen efectos anticompetitivos en sus mercados<sup>274</sup>.

Así las cosas, el *costo social* que genera una práctica o una transacción consiste en que ésta puede ser investigada por varias jurisdicciones y en la medida en que existe ningún tipo de colaboración el proceso será muy gravoso tanto para las autoridades como para los particulares<sup>275</sup>. Así describe el problema PHILIPPE BRUSICK:

“Entre las dificultades se incluye la imposibilidad (o dificultad) de la autoridad de competencia nacional de obtener las pruebas de contravención de la ley

271 BALZAROTTI, NORA. ob. cit., pág. 8.

272 LOZANO, MARÍA CLARA, “Prácticas comerciales restrictivas de la competencia transfronterizas: hacia una solución internacional”, en *CEDEC II*, colección Seminarios, n° 8, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2002, pág. 130.

273 BALZAROTTI, NORA, ob. cit., pág. 4.

274 LOZANO, MARÍA CLARA, ob. cit., pág. 136.

275 Sobre el tema de la aplicación extraterritorial de las normas de libre competencia y las dificultades de las investigaciones multijurisdiccionales véase: KOVACIC E., WILLIAM, *Extraterritoriality, institutions, and convergence in international competition policy*, ensayo consultado el 8 de septiembre de 2005 en: <http://www.ftc.gov/speeches/other/031210kovacic.pdf>.



cuando tal cuerpo de prueba se encuentra en el exterior. Asimismo se considera difícil aplicar una decisión o imponer una multa si los activos se mantienen en el exterior o si existen conflictos de jurisdicción con el país de donde provienen estas empresas y/o si el gobierno ejerce presión<sup>276</sup>.

Mientras no existan tratados multilaterales, lo mínimo que pueden hacer los estados es fortalecer la cooperación entre las autoridades de la competencia. Empezando desde el intercambio de información que no sea confidencial o de carácter reservado hasta

“solicitar a otro que tome medidas a su discreción, para reprimir actividades contrarias a la competencia que afectan los intereses del país solicitante”<sup>277</sup>.

De lo contrario, como advierte la profesora MARÍA CLARA LOZANO:

“si esta colaboración no existe se presenta un efecto multiplicador en donde los estados procuran defender sus intereses nacionales, primando, quizá, la ley del más fuerte”<sup>278</sup>.

Otra opción para solucionar los problemas que se han descrito es la realización de acuerdos bilaterales en los cuales:

“los estados acuerdan los lineamientos a seguir en caso de un conflicto (...) con el objeto de evitar las dificultades y excesos que puede implicar un aplicación extraterritorial del derecho de la competencia”<sup>279</sup>.

En la actualidad existen muchos tratados bilaterales sobre cooperación entre las autoridades de la competencia: Estados Unidos con Australia, con Alemania, con Canadá, con Israel y con la Comunidad Europea; Australia con Nueva Zelanda; y Canadá con la Comunidad Europea, etc.<sup>280</sup>.

---

276 BRUSICK, PHILIPPE, ob. cit., pág. 76. Bastardilla fuera de texto.

277 BALZAROTTI, NORA, ob. cit., pág. 6.

278 LOZANO, MARÍA CLARA, ob. cit., pág. 126.

279 *Ibidem*, pág. 150.

280 Véase BALZAROTTI, NORA, pág. 7.

El avance de la globalización de los mercados hace necesario que en América Latina se pacten reglas multilaterales equitativas<sup>281</sup>, lo suficientemente flexibles para que cada país pueda tener sus propias normas, que respondan a sus propias realidades económicas, políticas y sociales.

“No en todas las realidades se requiere las mismas reglas o el mismo sistema de organización. Su definición dependerá mucho de los problemas económicos que enfrenta un país o región”<sup>282</sup>.

Sin duda alguna, como anotábamos anteriormente, las políticas de competencia cumplen un papel importante en la integración de las economías de los países latinoamericanos y ayudan a insertar a nuestros países en el contexto internacional.

#### 5.7. SISTEMATIZACIÓN DE LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA

Un problema que es frecuente en los ordenamientos jurídicos de los países que han adoptado el sistema continental o romano germánico es la proliferación de normas dispersas sobre una misma materia. Esta dispersión normativa dificulta su aplicación a las autoridades y su cumplimiento por parte de los sujetos a quienes se les aplica. Además, en muchas ocasiones esta dispersión genera debates jurídicos sobre la vigencia de las normas y sobre las contradicciones que se pueden presentar por la forma desordenada en que han sido expedidas.

Según IGNACIO DE LEÓN, esta falta de sistematización de las normas de libre competencia se ha presentado en los países en vías de desarrollo:

“el desarrollo normativo de sistemas integrados de competencia ha sido mas bien errático y disperso, y el desarrollo legislativo de normas sobre competencia ha tenido un carácter más bien “aluvional”, que ha ido

---

281 BRUSICK, PHILIPPE, ob. cit., pág. 77.

282 ALZA, CARLOS, ob. cit., pág. 131.

acumulando normas jurídicas sin que exista un tratamiento sistemático de la materia<sup>283</sup>.

Un caso que ilustra el problema descrito es la proliferación normativa en Colombia, donde existen más de setenta normas de carácter legal, reglamentario y regulatorio relacionadas directamente con el derecho de la libre competencia que han sido expedidas desde el año 1959 hasta la fecha. Este conjunto de normas ha generado dificultades en temas como la definición de la autoridad competente<sup>284</sup> y sobre las etapas del procedimiento jurisdiccional por competencia desleal<sup>285</sup>. La dispersión normativa y los vacíos en régimen de control de integraciones hacen que esta área del derecho genere altos costos de transacción para las personas.

En conclusión, es importante que los países que ya cuentan con una normativa de libre competencia sistematicen su normativa y que los países que han expedido una legislación integral de libre competencia conserven la coherencia de su régimen.

#### 5.8. CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA PROPIO

Finalmente, un importante reto para los estados de Latinoamérica y del Caribe es la consolidación de regímenes de libre competencia adecuados para las estructuras de mercado existentes en sus respectivos países.

---

283 DE LEÓN, IGNACIO, ob. cit., pág. 32.

284 En el caso de las funciones de control previo de integraciones y de velar por el cumplimiento de las normas sobre prácticas restrictivas comerciales, por ejemplo, son autoridades de la competencia la Superintendencia de Industria y Comercio (sic), la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Comisión Nacional de Televisión y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. El proyecto de ley 108, radicado en el segundo semestre del año 2005 en la Cámara de Representantes, erige a la sic como autoridad única de la competencia.

285 Este problema, como será explicado en el capítulo correspondiente a Colombia, fue subsanado por medio de la Ley 962 de 2005, en la cual se establece que el procedimiento jurisdiccional que se adelanta ante la sic, en materia de competencia desleal, se tramitará conforme al proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil.

La dependencia de la larga tradición en la ejecución de normas antimonopolio en EE.UU. y la novedosa aplicación de las mismas en la UE. a mediados del siglo XX por parte de las autoridades latinoamericanas era entendible en una primera etapa por la falta de trayectoria en este campo. Sin embargo, la experiencia adquirida en la aplicación de las normas que promueven la libre competencia en Latinoamérica y el Caribe desde comienzos de la década de los noventa debe permitir a las autoridades de la competencia producir análisis coherentes con las particulares condiciones económicas que se presentan en los mercados.

No es justificable que se transplanten normas o teorías estadounidenses o europeas sin hacer un análisis riguroso de la conveniencia para nuestras economías. Un ejemplo de lo anterior es la aplicación de los sistemas de análisis norteamericanos sobre concentraciones económicas. En general, la medición del poder de mercado en una industria se hace por medio de los índices de concentración que determinan los coeficientes de concentración. Estos índices cuantitativos del poder de mercado son usados por las autoridades de la competencia para determinar si una operación de concentración puede llegar a producir una restricción excesiva de la libre competencia. En el caso de EE.UU., los parámetros contenidos en las *Guías para concentraciones* expedidas por la CFC y el DJ de EE.UU., en particular las correspondientes al Índice HERFINDAL HIRSCHMAN, son demasiado estrictos para economías pequeñas y concentradas como las de América Latina. Es evidente que la aplicación estricta de estos parámetros no es apropiada para las economías latinoamericanas. Además, economistas como SAMUELSON y NORDHAUS advierten sobre la precaución que se debe tener al interpretar los resultados de estos índices, pues éstos suelen ser engañosos, sobre todo por la dificultad de determinar exactamente cuál es el mercado relevante al cual debe aplicarse el índice<sup>286</sup>.

Para ilustrar lo anterior, es relevante citar a la doctora ANA JULIA JATAR, que comenta el interesante resultado de la discusión que se dio

---

286 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., ob. cit., págs. 204–205.

en la Superintendencia de Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela, respecto de los parámetros que debían aplicar para el control de las concentraciones:

“En la experiencia venezolana reciente, se han puesto de manifiesto diversas tendencias. La reforma estructural ha cambiado los incentivos, haciendo que las compañías abandonen algunas áreas de actividad para concentrarse en su negocio principal. Esto ha implicado que tengan que reducir su participación en industrias en las que eran pequeños actores, para hacerse más grandes en las que ya eran importantes. A menudo, dos conglomerados se intercambian los activos de tal manera que cada uno abandona un área de actividad a favor del otro. El impacto resultante sobre las relaciones de concentración generalmente es muy grande. ¿Se debería autorizar este proceso?”

Después de las reformas económicas y la liberalización comercial, en Venezuela se han realizado fusiones y adquisiciones en una amplia gama de sectores, tales como el de alimentos, pinturas, bebidas, baldosas de cerámica, seguros y automóviles. En la mayoría de las fusiones, el HHI antes de la fusión era superior a 2000 y algunas tuvieron un aumento del HHI de 700. De igual modo, la mayoría de las relaciones de concentración de las dos compañías más grandes (C2) eran más de 50% antes de la fusión. Esto significa que, aunque según las normas de EE.UU. o Alemania estas fusiones no pasarían, nosotras las dejamos pasar. Estas normas internacionales nos hicieron debatir durante largas horas sobre temas para los que sabíamos que no existía una respuesta correcta, sino más bien dilemas por resolver. Habiendo analizado las economías de escala, las barreras a la entrada, la historia de rivalidades (o no), la competencia efectiva, la competencia internacional potencial, decidimos en la mayoría de los casos que era mejor dejar que las empresas se reorganizaran después de tanto años de indiferencia gubernamental, pero dejando muy en claro que la oficina de competencia aplicaría estrictamente las normas de conducta vigentes<sup>287</sup>.

En conclusión, si bien EE.UU. tiene un régimen de libre competencia con más de 100 años de maduración y la Unión Europea uno con más de cincuenta años de aplicación, y por tanto son referentes importantes

---

287 JATAR, ANA JULIA, “*Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: el caso de Venezuela*”, documento consultado el 10 de mayo de 2005 en: <http://www.procompetencia.gov.ve/politicacompetenciavenezuela.html>

para América Latina, nuestras autoridades de la competencia están en capacidad y tienen el deber de aplicar criterios propios que se ajusten a nuestras economías y a la finalidad de esta normativa que es el beneficio del consumidor.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- BORK, ROBERT H., *The antitrust paradox: a policy in war with itself*, The Free Press, USA, 1993.
- DE LEÓN, IGNACIO, *Manual para la Formación y Aplicación de las Leyes de Competencia*, Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), agosto de 2002.
- DEL VECCHIO, GIORGIO, *Filosofía del derecho*, Bosch.
- GELLHORN, ERNEST *et. al.*, *Antitrust Law and Economics*, West Group, USA, 2004.
- HARRIS, MARVIN, *Cultura contemporánea norteamericana*, Alianza, España, 2000.
- HARRISON, JEFFERY, *Law and Economics*, West Group, USA, 2000.
- HAYEK, FRIEDRICH A., *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 2000.
- HIRSHLEIFER, JACK y GLAZER, AMIHAI, *Microeconomía, teoría y aplicaciones*, Prentice Hall, 5ª edición, México, 1994.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN, *Economía y nación. Una breve historia de Colombia*, Norma, Bogotá, 2003.
- KRAKOWSKI, MICHAEL, *Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica*, proyecto MIFIC-GTZ, Managua, 2001.
- MANKIW, N. GREGORY, *Principios de microeconomía*, 1ª edición, McGraw-Hill, España, 1998.
- MERCURO, NICHOLAS y MEDEMA, STEVEN G., *Economics and the Law. From Posner to Post – Modernism*, Princeton University Presigs, USA, 1997.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO y MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO, *Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación*”, Universidad del Quindío y Corporación JOSÉ IGNACIO Márquez, Colombia, 2005.
- POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 6ª edición, USA, 2003.

- RECASENS SICHES, LUIS, *tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa.
- SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993.
- STIGLITZ, JOSEPH, *La economía del sector público*, Antoni Bosch, Barcelona: 2000.
- SULLIVAN, E. THOMAS and HARRISON, JEFFREY L., *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, Lexis Nexis, fourth edition, USA, 2003.
- TAMANES, RAMÓN, *Estructura económica internacional*, Alianza, Madrid, 1999.

ENSAYOS, INFORMES, ARTÍCULOS , CONFERENCIAS Y CÁTEDRA

- ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS, “Las reformas en materia de control de integraciones en la Unión Europea y en España”, presentación realizada en el seminario “Integraciones empresariales y condicionamientos”, Bogotá, 16 de agosto de 2005.
- ALZA, CARLOS, “Apuntes para el diseño e implementación de una agencia de la competencia moderna”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 16, 2003, Unión Europea, págs.. 131-144.
- ARMENTANO, DOMINICK T., “*Antitrust Policy: Reform or Repeal*”, en *Cato Policy Analysis*, n° 21, January 18, 1983, consultado el 27 de diciembre de 2005 en: <http://www.cato.org/pubs/pas/pa021.html>
- BAKER, JONATHAN B., “*A Preface to Post-Chicago Antitrust*”, Washington Collage of Law, America University, junio de 2001, ensayo consultado el 17 de enero de 2005 en: <http://ssrn.com/abstract=296119>
- BALZAROTTI, NORA, “Política de competencia internacional: cooperación, armonización y experiencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 10, 2000, Unión Europea, págs.. 3–24.
- BRUSICK, PHILIPPE, “Mundialización: fomentar la competencia ¿o crear monopolios?”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 11, 2000, Unión Europea, págs.. 73–78.
- BURGOS, GERMÁN, “Sistema judicial y crecimiento económico: ¿dónde están los vínculos?”, *Revista Perspectiva*, n° 2, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2003, págs.. 36–39.
- CALDERÓN, JOSÉ MIGUEL, *Apuntes de clase de JUAN DAVID GUTIÉRREZ R.*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003–2004.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, “*Cómo nace el derecho*”, *Monografías Jurídicas* 54, Temis, Bogotá, 1998.
- CHAUFEN, ALEX, “Libertad sin justicia”, *Revista Perspectiva*, n° 2, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2003, págs.. 78–81.

- CHESNEY, FRED. S., “*Antitrust & Regulation: Chicago’s contradictory views*”, en *CATO Journal* 10, n° 3 (Winter 1991), págs.. 775-798, consultado el 27 de diciembre de 2005 en:  
<http://www.catoinstitute.org/pubs/journal/cj10n3/cj10n3-10.pdf>
- CORREA, CARLOS, “*Competition law and development policies*”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 8, 1999, Unión Europea, págs.. 3–19.
- CURIEL, CLAUDIA, “*Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe*”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, Unión Europea, págs.. 129–155.
- CURIEL, CLAUDIA, “*La necesaria discusión de los regímenes de libre competencia en América Latina*”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 18, 2004, Unión Europea, págs.. 71-83 –a.
- DIEZ CANSECO, LUIS JOSÉ, “*Política y legislación de la competencia*”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 9, 1999, Unión Europea, págs.. 87–89.
- DILORENZO, THOMAS J., “*The Case Against All Antitrust Legislation*”, cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute, agosto 9, 2003.
- EYZAGUIRRE, HUGO, “*Políticas de competencia en países menos desarrollados*”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, Unión Europea, págs.. 43–50.
- Foreign Investment Advisory Service, International Finance Corporation and World Bank, “*Nicaragua. Competitividad, atracción de inversiones extranjeras directas y el rol de la política de competencia*”, mayo de 2003, este documento fue consultado en septiembre de 2004 en:  
<http://www.mific.gov.ni/docushare/dscgi/ds.py/View/Collection-210>
- GALÁN CORONA, EDUARDO, “*La aplicación del derecho de la competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento n° 1 de 2003*”, conferencia realizada el 12 de septiembre de 2003, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC, Bogotá.
- GAVIRIA CADAVID, FERNANDO, “*Los monopolios*”, en *Revista de Derecho de la Competencia – CEDEC V*, colección Seminarios, n° 17, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2004, págs.. 345–373.
- GERARD, DAMIEN, “*Merger control policy: how to give meaningful consideration to efficiency*”, *Common Market Law Review*, December 2003, págs.. 1367–1412.
- GRABENDORFF, WOLF, “*Relaciones triangulares en un mundo unipolar: América del Norte, la Unión Europea y América del Sur*”, en *Análisis Político*, n° 55 (septiembre – diciembre 2005), IEPRI, págs.. 3–19.



- GUTIÉRREZ PRIETO, HERNANDO, “El análisis económico del derecho. Perspectivas para el desarrollo del derecho económico”, en revista *Vniversitas*, n° 100, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, diciembre de 2000, págs.. 13–68.
- HAYEK, F.A., “*Competition as a discovery procedure*”, en “*The Quarterly Journal of Austrian Economics*”, vol. 5, n° 3, (otoño 2003), págs.. 9–23.
- HOLDEN, PAUL, “Las reformas de segunda generación”, *Revista Perspectiva*, n° 2, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2003, págs.. 66–69.
- IBARRA PARDO, GABRIEL, “La política de competencia en las Comunidad Andina de Naciones”, en: *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC V*, colección Seminarios, n° 17, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - Javegraf, Bogotá, 2004.
- IBARRA PARDO, GABRIEL, “Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina”, en *CEDEC*, colección Seminarios, 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - Javegraf, 2ª edición, Bogotá, 1997, págs.. 83–105.
- International Competition Policy Advisory Comitee (ICPAC), “*Final report*”, 2000, documento consultado el 7 de septiembre de 2005 en: <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>
- JATAR, ANA JULIA, “*Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: el caso de Venezuela*”, documento consultado el 10 de mayo de 2005 en: <http://www.procompetencia.gov.ve/politicascompetenciavenezuela.html>
- JATAR, ANA JULIA y TINEO, LUIS, “*Competition Policy in the andean countries: a policy in search of its place*”, ensayo consultado el 22 de diciembre de 2003 en: <http://www.sice.oas.org/compol/articles/cpandea.asp>
- KOVACIC E., WILLIAM y SHAPIRO, CARL, “*Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*”, Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999, ensayo consultado el 10 de junio de 2003 en: <http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/Publications.html>
- KOVACIC E., WILLIAM, “*Extraterritoriality, institutions, and convergence in international competition policy*”, ensayo consultado el 8 de septiembre de 2005 en: <http://www.ftc.gov/speeches/other/031210kovacic.pdf>.
- KROES, NEELIE, discurso ante en la Conferencia de la Comisión Europea – International Bar Association, en Bruselas, el 10 de marzo de 2005, discurso consultado el 10 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2005.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2005.html)
- LOWE, PHILIP, discurso “*How Different is EU anti-trust? An overview of EU Competition Law and policy on commercial practices*”, pronunciado

- ante la American Bar Association, llevada a cabo en Bruselas el 16 de octubre de 2003, discurso consultado visitado el 29 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html)
- LOWE, PHILIP, “*The role of the Commission in the Modernisation of EC competition law*”, discurso pronunciado el 24 de enero de 2004 en la conferencia en UKAEL, discurso consultado el 29 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2004.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2004.html)
- LOWE, PHILIP, “*Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime*”, *North Western Journal of International Law and Business*, 31 de diciembre de 2003, ensayo consultado el 29 de agosto de 2005 en: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html)
- LOZANO ORTIZ, MARÍA CLARA, “Prácticas comerciales restrictivas de la competencia transfronterizas: hacia una solución internacional”, en *CEDEC II*, colección Seminarios, n° 8, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2002, págs.. 125–152.
- LOZANO ORTIZ, MARÍA CLARA, “Debate proyecto de ley 108”, conferencia realizada el 25 de noviembre de 2005, en el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC, Bogotá, presentación disponible en: <http://www.centrocedec.org/contenido/articulo.asp?chapter=153&article=175>
- MELAMED, A, DOUGLAS, “*International Antitrust in an Age of International Deregulation*”, Address before the *GEORGE MASON Law Review Symposium: Antitrust in the Global Economy*, Washington, D.C., October 10, 1997, discurso consultado el 8 de septiembre de 2005 en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1234.pdf>
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, en *CEDEC*, colección Seminarios, 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, 2ª edición, Bogotá, 1997, págs.. 21–73.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Anotaciones sobre el derecho antimonopólico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *CEDEC III*, colección Seminarios, n° 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, reimpresión, Bogotá, 2002, págs.. 147–182.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El régimen general de la libre competencia”, en *CEDEC III*, colección Seminarios, n° 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, reimpresión, Bogotá, 2002, págs.. 17–47.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia”, en *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, Librería del Profesional, págs.. 52–70.

- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Perspectiva del sector privado sobre la aplicación de las leyes de la competencia por parte de las autoridades antimonopolísticas nacionales, en un contexto del comercio internacional”, en *CEDEC II*, colección Seminarios, n° 8, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2002, págs.. 241–246.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *Apuntes de clase tomados por JUAN DAVID GUTIÉRREZ R.*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2002–2003.
- NEUMANN, MANFRED, *Competition Policy: history, theory and practice*, Edward Elgar Publishing, Great Britain, 2001.
- PLATT MAJORAS, DEBORAH, “U.S. antitrust practice – How does it affect european business?” *Speech before the Studienvereinigung Kartellrecht, Brussels, Belgium, April 7, 2005*, discurso consultado el 8 de septiembre de 2005 en: <http://www.ftc.gov/speeches/majoras/050411brussels.pdf>
- POSNER, RICHARD A., “Antitrust in the New Economy” University of Chicago, *Law & Economics, Olin Working Paper*, n° 106, noviembre de 2000, ensayo consultado el 17 de enero de 2005 en: <http://ssrn.com/abstract=249316>
- REISMAN, GEORGE, “Platonic Competition”, consultado el 20 de diciembre de 2005 en: <http://www.mises.org/story/1988>
- Revista Semana*, “Las 100 empresas más grandes de Colombia”, Bogotá, edición n° 1147, abril 26 a mayo 3 de 2004, págs.. 115 y sigs.
- RIVIÈRE, JUAN ANTONIO, “La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea”, en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 1, 1997, Unión Europea, págs.. 23-28.
- RODRIG, DANI y SUBRAMANIAN, ARVIND, “La primacía de las instituciones (y lo que implica)”, *Revista Perspectiva*, n° 4, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2004, págs.. 80–84.
- ROMERO, PEDRO, “¿Se hicieron las reformas de mercado?”, *Revista Perspectiva*, n° 2, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2003, págs.. 72–74.
- SACHS, JEFFREY D., “Las instituciones son importantes, pero no para todo”, *Revista Perspectiva*, n° 4, Instituto de Ciencia Política, Bogotá, 2004, págs.. 74–79.
- SERRA LEITAO, MARÍA, “European Union Competition Policy: Revolutionary Change and Uncertain Times”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 18, 2004, Unión Europea, págs.. 122-128.
- SINGH, AJIT y DHUMALE, RAÚL, “Competition policy, development and developing countries”, South Centre, 1999, ensayo consultado el 17 de enero de 2004 en: <http://www.southcentre.org/publications/competition/wto7.pdf>

- SINGHAM, SHANKER, “*The interface between trade and competition policy: dealing with discriminatory legislation insights from a Latin American competition and trade environments*”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 6, 1998. Unión Europea, págs.. 123–128.
- SPOTA, GRETA, “*Reflexiones en torno a las posibilidades de cooperación internacional en materia de competencia*”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, Unión Europea, págs.. 40–42.
- TEMPLE LANG, JOHN, “*European Community competition Policy ‘How does it benefit consumers?’*”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 18, 2004, Unión Europea, págs.. 129–133.
- TUCKER, JEFFREY, “*Controversy: are Antitrust Laws Immoral?*”, en “*The Journal of Markets & Morality*”, n° 1 (Spring 1998), págs.. 75-82, consultado el 27 de diciembre de 2005 en: [http://www.acton.org/publicat/m\\_and\\_m/1998\\_mar/pdf/mm-v1n1-tucker1.pdf](http://www.acton.org/publicat/m_and_m/1998_mar/pdf/mm-v1n1-tucker1.pdf)
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), “*Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de políticas de competencia y protección del consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú*”, editado por PHILIPPE BRUSICK, ANA MARÍA ÁLVAREZ y PIERRE M. HORNA, 2004, documento consultado el 14 de agosto de 2005 en: [http://www.unctad.org/sp/docs/ditccclp20043\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/ditccclp20043_sp.pdf)
- VERA, LEONARDO y MIERES, DAVID, “*Política de competencia: una visión panorámica*”, septiembre de 1994, documento consultado el 23 de abril de 2004 en: <http://www.procompetencia.gov.ve/publicaciones.html#infpol>
- ZULLITA FELLINI, GADULFO y PÉREZ MIRANDA, RAFAEL, “*El derecho frente a los monopolios*”, en *Estudios de derecho económico IV*, 1ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, págs.. 65-121.